

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

CIUDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO

FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE INVESTIGACIÓN

Tesis de Grado para optar al Título
de Licenciado en Derecho

**“EL FRAUDE DE LEY, ANÁLISIS EN LA FASE DE
TIPICIDAD Y ANTIJURICIDAD DEL DELITO”.**

Pablo Gerardo Vargas Rojas

San José, setiembre, 2009

AGRADECIMIENTO

Agradezco a todas aquellas personas que me ayudaron en la redacción del presente trabajo, a quienes de manera desinteresada me prestaron su colaboración. Un agradecimiento especial a todos los compañeros de trabajo de la Fiscalía y Juzgado Penal de San Ramón, pues de ellos nace el interés por el estudio del derecho penal y el apoyo necesario para poder trabajar y culminar mis estudios.

Agradezco profundamente al Director de Tesis Msc. Martín Miranda Rodríguez por creer en mí, por brindarme la guía necesaria para desarrollar un tema tan interesante.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi madre, Rita Rojas Rojas, constructora del hombre que soy. A mi padre, Dr. Víctor Vargas Villalobos, figura a seguir. A mi hermana Karen Vargas Rojas, a quién siempre llevo en el corazón. Y sobre todo a Dios, porque las cosas en este mundo me son dadas de una forma mágica, decisiones que solo pueden provenir de él.

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	1
Título I	
El fraude de ley.....	4
Capítulo Primero	
Aproximaciones y conceptualización.....	4
Sección I	
Definición e interpretación sistemática del Fraude de Ley en el Derecho Penal.....	4
Parte A	
Estructura sistemática.....	4
Parte B	
Elementos esenciales y características del fraude de ley.....	13
Parte C	
Consecuencias Jurídicas del Fraude de Ley.....	20
Sección II	
Reglas de interpretación en el derecho penal, como limitación al fraude de ley.....	30
Parte A	
Sistemas de interpretación en el derecho penal.....	30
Parte B	
Conflicto entre reglas y principios, su aplicación al tema.....	36
Parte C	
El fundamento del criterio de oportunidad como una forma de trasgresión a la norma sustantiva.....	45
Capítulo II	
El fraude de ley en el derecho penal costarricense.....	47

Sección I	
El fraude de ley y su incidencia en algunos principios que rigen el derecho penal costarricense.....	47
Parte A	
Principio de legalidad.....	47
Parte B	
Carácter fragmentario del derecho penal.....	54
Parte C	
Restricción a la interpretación analógica.....	56
Sección II	
El Fraude de ley, su sanción en la antijuricidad y la culpabilidad del delito.....	67
Parte A	
Fraude de ley en la antijuricidad y en la culpabilidad.....	67
Parte B	
Actio Ilícita in Causa y el principio de equiparación.....	71
Parte C	
Actio Libera in causa y Omitio Libera in Causa.....	75
Título Segundo	
Análisis del fraude de ley en la tipicidad.....	80
Capítulo I	
Fraude de ley analizado desde la tipicidad del delito.....	80
Sección I	
Estructura del fraude de ley analizado en la tipicidad del delito.....	80
Parte A	
Ubicación del dolo en la comisión de los tipos penales cometidos en fraude de ley.....	80
Parte B	
El tipo objetivo.....	86
Parte C	
La Exclusión de los elementos objetivos del tipo penal.....	91

Sección II	
Posibles soluciones al fraude de ley en la tipicidad.....	95
Parte A	
Exclusión autónoma.....	95
Parte B	
Exclusión por un acto precedente, delitos de acción.....	97
Parte C	
Exclusión por acto precedente, delitos de omisión.....	100
Capítulo II	
El fraude de ley como tipo penal independiente y estudio del caso del Banco Anglo Costarricense como delito cometido en fraude de ley.....	104
Sección I	
El fraude de ley, análisis del tipo especial previsto en la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función publica.....	104
Parte A	
Clasificación del tipo penal.....	104
Parte B	
Limitaciones, características especiales del tipo penal.....	108
Parte C	
Concurso aparente de normas con otros tipos penales.....	112
Sección II	
Jurisprudencia, Análisis práctico del Fraude de Ley en el voto 822-03 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.....	116
Parte A	
Contextualización del voto 822-03 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Caso del Banco Anglo Costarricense.....	116
Parte B	
Argumentados de la defensa de los imputados a favor del Fraude de Ley.....	123
Parte C	
Toma de posición.....	127
Conclusión.....	130

Bibliografía.....	135
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

La materia penal constituye una de las ramas más complejas del derecho y quizás la más delicada de todas, pues su naturaleza es represiva. Es por eso que existe una gran necesidad de profundizar en los temas y teorías relacionados con su interpretación y desarrollo, máxime cuando aún quedan muchos vacíos doctrinarios a nivel nacional.

Con el fin de realizar un aporte significativo en el estudio del derecho penal sustantivo, es que surge la idea de estudiar el fraude de ley, tema bastante novedoso, poco desarrollado por la ciencia jurídica y que no puede escapar al conocimiento del profesional en derecho.

Al analizar las fases de la teoría del delito, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad en las que este tema genera grandes controversias, se podrá determinar, supuestos en los cuales el sujeto previamente busca exonerarse de la responsabilidad derivada de la comisión de un delito; de manera que trata de eliminar alguno de los elementos requeridos por cada una de estas etapas.

Es así, como la investigación va dirigida, en su inicio, a definir qué se debe entender por fraude de ley, cómo surge esta figura jurídica y su aplicación en otras ramas del derecho, así como determinar su aplicación al derecho penal.

El objetivo principal que se persigue con esta investigación es:

- Analizar las distintas posiciones que se exponen en doctrina sobre el Fraude de Ley, ampliar los conocimientos al respecto, estudiar cada tema por separado, tomar una postura y exponerla de forma crítica. Lo que se busca es fomentar la discusión en un tema propio de la nueva dogmática jurídica y escasamente tratado a nivel nacional.

Los objetivos específicos son:

- Definir que es un fraude de ley en derecho penal.
- Analizar el conflicto de interpretación normativa que plantea el fraude de ley entre el sentido y la literalidad de la norma.
- Estudiar la protección del derecho penal costarricense frente a las actuaciones en fraude de ley.

- Analizar desde la Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad cuáles pueden ser actuaciones en fraude de ley.
- Estudiar la posición de la doctrina y la jurisprudencia, con el fin de encontrar una solución viable a las actuaciones en Fraude de Ley.

El fraude de ley tiene gran relevancia como forma de cometer los delitos y evadir la sanción penal; se verá qué tan posible resulta en las distintas etapas de la teoría del delito y su estudio, en las diferentes clases de tipos penales.

En el primer título se estudiará la figura de forma general, concepto y principios aplicables en el derecho penal.

Dentro de este título existe una sección del capítulo segundo, dedicada a conocer la incidencia del Fraude de Ley en las dos últimas etapas de la teoría del delito, la antijuricidad y la culpabilidad. Se analiza la teoría de la *actio* y la *omittio libera in causa*, como respuesta a una provocación dolosa o culposa de un estado de inconciencia o inacción. Además, es importante estudiar los casos en los que un sujeto trata de provocar determinadas circunstancias para luego alegar una causa de justificación y de esta manera excluir la antijuricidad del hecho, supuestos de actio ilícita in causa.

En el título segundo y, como tema esencial de la investigación, se analiza el fraude de ley desde la tipicidad. Fraude mediante el cual un sujeto puede delinquir tratando de excluir uno de los elementos objetivos del tipo penal, para darle a la conducta la calificación de atípica; de forma que, se logra lesionar el bien jurídico protegido por la norma evadida.

El primer capítulo de este título está dedicado a este tema y las posibles soluciones. Se parte de la posibilidad de exclusión de forma “autónoma”, cuando el hecho resulta atípico por no encajar en el sentido literal del tipo y de la exclusión del tipo por un acto precedente que elimina el objeto requerido para la tipicidad del hecho. Se estudian las soluciones jurídicas existentes para cada una de estas exclusiones a la luz del ordenamiento jurídico costarricense y la doctrina nacional y de derecho comparado.

Sobre elementos objetivos del tipo penal, se diferencia entre elementos normativos y descriptivos, se estudia la interpretación de los mismos en relación con los principios generales del derecho tales como de legalidad, de *lex certa*, carácter fragmentario, prohibición de analogía, entre otros.

Por último, se dedica el segundo capítulo del título segundo al estudio del tipo penal, previsto en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento en la Función Pública, que sanciona el Fraude de Ley como evasión del derecho administrativo, cometido con ocasión del ejercicio en la función pública. Se analiza el posible concurso de normas entre ésta y algunos tipos previstos en el Código Penal.

El problema principal pretende resolver la pregunta:

- ¿Es posible la sanción del fraude de ley o la provocación dolosa de la exclusión de uno de los elementos objetivos por tipo penal, en el derecho penal costarricense?

El presente trabajo de investigación se encuentra dirigido a dar explicación a esa interrogante, razón por la que se planteó, y desde ahora se expone la siguiente hipótesis:

- La exclusión dolosa de uno de los elementos objetivos de tipo, efectivamente resulta sancionada por nuestro derecho.

La metodología seguida para alcanzar tales objetivos está relacionada con una ardua investigación de tipo crítico, que comprende el estudio de derecho comparado, doctrina, entrevistas con estudiosos de la materia, interpretación de la normativa nacional; al aplicar el método deductivo se determinan las posibles conclusiones como solución a esta figura jurídica.

TÍTULO I

EL FRAUDE DE LEY

CAPÍTULO I

APROXIMACIONES Y CONCEPTUALIZACIÓN

Sección I

Definición e interpretación sistemática del Fraude de Ley en el Derecho Penal

Parte A

Estructura sistemática.

Los actos en fraude de ley son aquellos cometidos al amparo del derecho, de manera tal que varias acciones pueden parecer válidas al ordenamiento jurídico, pero analizadas en conjunto resultan lesivas, respecto a la protección brindada por una norma en particular sobre determinado bien jurídico.

El Dr. Francisco Castillo González define esta figura como: *“la situación en la cual, para evitar la aplicación de una norma jurídica que no le favorece o no le interesa, una persona se ampara en otra u otras, llamadas normas de cobertura, y busca dar un rodeo que le permita sortear la prohibición o las obligaciones que le imponía la norma vulnerada”*.¹

Esta figura ha sido analizada en otras ramas del derecho, así vemos que sobre su historia se ha dicho que: *“La figura del Fraude de ley, tiene su origen en el Derecho Romano. Se utilizó por primera vez luego de la aparición de las XII Tablas, cuando se pasó de una interpretación literal de la ley a una fundamentada en la ratio legis, es decir que el fraude de ley es entendido cuando se hace una interpretación de la ley más libre y se acepta que la ley se viola, no solo en su literalidad, sino también en su espíritu, según lo recoge Alberto Sols Lucía, con expresiones de Paulo y Ulpiano: se actúa en fraude*

¹ CASTILLO GONZALEZ (Francisco). La Exclusión Dolosa de la Tipicidad y la Analogía in Malam Partem. Interpretación y Aplicación de la Ley Penal. **Anuario de Derecho Penal**. Lima, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, primera edición, mayo del 2006, pp. 321

cuando se choca directamente contra la Ley y en fraude de ley cuando se huye de su aplicación dando una larga vuelta (circumvenit) alrededor de ella para evitar toda sospecha...”¹

El fraude de ley es una consecuencia del formalismo jurídico, que antepone la norma, ante la lesión de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento. Así se dice que: *“El fraude de ley es un mecanismo para combatir el formalismo jurídico, es una expresión que designa una propiedad valorativa; los supuestos de fraude de ley son supuestos de laguna axiológica en el nivel de las reglas; y el análisis adecuado de la figura, que exige partir de que la dimensión regulativa del derecho está compuesta por dos niveles, el de las reglas y principios: los actos en fraude de ley están permitidos prima facie por una regla pero resultan, consideradas todas las circunstancias, prohibidos como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificativo de la regla en cuestión”*.²

Es el choque indirecto que existe respecto a una norma con la lesión efectiva al bien jurídico. De ahí que se hable de reglas y principios para poder realizar la distinción y comprender su estructura.

El fraude de ley es una figura jurídica nacida del derecho civil, estudiada en ramas del derecho como la tributaria pero que ahora es aplicable al derecho penal.

Nuestro ordenamiento jurídico la recoge en el derecho civil, así vemos que el artículo 20 del Código Civil Costarricense expresamente indica:

“Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.³

¹SOLS LUCIA. **Citado por** CASADO OLLERO (Gabriel). Legalidad Tributaria y Función Calificadora de la Administración Fiscal. **Fraude y Evasión Fiscal**. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, 2002. pp. 189-190

² ATIENZA (Manuel) y RUIZ MANERO (Juan). **Ilícitos Atípicos**. Madrid, Editorial, Trotta S.A., segunda edición, 2006. p 67.

³ **Código Civil Costarricense**. Ley N° 7020 del 6 de enero de 1986, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., doceava edición, preparado por Gerardo Parajeles Vindas, 2004, art. 20

La idea de fraude de ley se conecta con la posibilidad de servirse de las normas jurídicas. Se trata de actos que violan el contenido de una norma, al respetar su literalidad.

El estudio de esta figura en el derecho penal, hace referencia a aquella actuación con la que se escapa a la norma jurídica. Se prevé la realización de un hecho delictivo con supuestos jurídicos incompletos, atípicos, se busca el amparo en otra norma o se rompe con la unidad de los hechos requeridos por el tipo penal, a través de un acto precedente, para asegurar su impunidad. Es una trasgresión indirecta al bien jurídico tutelado, que se escapa de la cobertura de la norma, ya sea porque no lo contempla o porque existe una manipulación de la forma jurídica para afectar su contenido.

De acuerdo con Salto Van Der Laat, quien estudia el fraude en el derecho tributario, existe una clara diferencia entre la actividad fraudis legis y la actividad contra legem: *“En la primera, existe un precepto legal que debe ser cumplido si acontece un determinado hecho o acto. A pesar de que éste se realizó, el individuo, mediante mecanismos legalmente válidos, evita la aplicación directa de la norma en cuestión. En estos supuestos el contribuyente rodea la norma; el choque no es frontal sino indirecto. Por su parte, cuando se produce un enfrentamiento directo contra el Ordenamiento jurídico, y el hecho o acto debido no ha sido realizado, y aún más, no se ampara en ningún texto legal, estamos en presencia de una actividad contra legem.”*¹

Desde la tipicidad del delito, los mecanismos legalmente válidos son consecuencia de la atipicidad de los hechos, por atender el sentido literal del tipo, aunque la lesión sea acorde con la que se pretende evitar. También por la exclusión a través de un hecho precedente del elemento requerido por la tipicidad.

Si la lesión no es la que se quiere evitar con el tipo penal, los hechos son simplemente atípicos, pero no existe fraude. Este es un tema estrictamente relacionado con el carácter fragmentario del derecho penal, que determina cuales lesiones deben ser sancionadas o no.

¹ SALTO VAN DER LAAT (Diego). **El método de interpretación según la realidad económica en el Derecho Tributario Costarricense**. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho. Universidad Escuela Libre de Derecho. San José, Costa Rica, 1997, p 86.

También es importante estudiar esta figura en relación con el abuso de derecho, dispuesto por el artículo 22 del Código Civil Costarricense, pues ambas comparten ciertas características. Este numeral en lo que interesa señala:

“La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste...”¹

Cuando una norma es permisiva, existe un abuso de poder o desviación del poder, si, la conducta realizada sobrepasa el límite de lo permitido y resulta contraria al fundamento que dio origen a dicha norma. Autores como Juan Ruiz Manero y Manuel Atienza señalan que el Fraude de Ley, el Abuso del Derecho y la Desviación de Poder obedecen a una misma lógica; es decir, todas comparten el hecho de que prima facie exista una acción permitida por una regla². Estos mismos autores se refieren al fraude como la utilización de normas permisivas para la realización de actos prohibidos por los principios, entendidos éstos como el fundamento de las normas, o en su caso que son acciones que se presentan en momentos precedentes durante los cuales la acción aún no es prohibida³.

Sin embargo, se considera que el Fraude de Ley en el derecho penal, también se concreta cuando a la inversa, se realizan actos no prohibidos o contemplados por la norma, que también lesionan el bien jurídico que le da fundamento al tipo penal defraudado; por ejemplo, cuando por cuestiones de literalidad del tipo penal no es posible sancionar una conducta que lesiona el bien jurídico de acuerdo con el sentido de creación de la norma, o bien, cuando no se cumple con lo dispuesto por una norma precepticia para lograr la misma finalidad. Esto, siempre que la lesión sea respecto al bien jurídico tutelado por la norma; por ejemplo, cuando a través del incumplimiento de un deber se comete el fraude, delito de comisión por omisión.

Al comparar la regulación que hace el Código Civil del abuso del derecho, se extrae que dicha figura tiene como parte de su estructura la

¹ Código Civil Costarricense. Art. 22.

² Ver en igual sentido, ATIENZA Y RUIZ MANERO, *op.cit.*, p 126.

³ Ver en igual sentido, *Ibíd.*, p 83.

intención de su autor, quien por su objeto o circunstancias en que realiza el acto sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho¹.

Algunos ordenamientos confunden el fraude de ley con el abuso de derecho por las características que comparten y las soluciones que han propuesto resultan a veces muy prácticas, al menos en ramas del derecho como la civil y la tributaria.

Se dice que: *“En los sistemas jurídicos del “common law” no se conoce la figura del abuso del derecho, su ausencia quizás se debe a la facultad de “distinguishing” que el “common law” confiere a todo juez y que le permite apartarse de la regla bajo la que habría que subsumir el caso y adoptar una solución distinta, si el caso presenta propiedades adicionales a las contempladas en la regla bajo la que habría que subsumirlo y si dichas propiedades adicionales justifican tal solución distinta”*.²

Así, en estos sistemas solo se ha valorado la evasión del ordenamiento jurídico, como casos de abuso de derecho, estudiados en el derecho civil y resueltos a través de la analogía.

La diferencia entre el abuso del derecho y el Fraude de Ley radica en que el primero se refiere al uso de potestades normativas para cometer hechos prohibidos, mientras que el segundo hace referencia a la evasión del ordenamiento para evitar la responsabilidad generada por un hecho prohibido.

Sin embargo ambos comparten algunas características, pues tanto en el fraude como en el abuso de derecho, debe prestársele mucha atención al elemento subjetivo presente en el sujeto activo. Éste es la base y el delimitador del fin perseguido, cuál es la lesión a determinado bien jurídico.

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero³, señalan erradamente que el fraude de ley no es aplicable al derecho penal y que por lo tanto basta con valorar objetivamente el daño causado para determinarlo, pero debe tomarse en cuenta que llevan razón en cuanto a sus estudios están dirigidos al derecho civil, administrativo y tributario, donde se ha estudiado más la figura y donde la responsabilidad que se busca sancionar es meramente objetiva. Se equivocan al analizarlo en el derecho penal, pues es posible el estudio de esta forma de

¹ Ver en igual sentido, ATIENZA Y MANERO RUIZ, **op.cit.**, p 39.

² Ver ATIENZA Y MANERO RUIZ, **op.cit.**, p 35.

³ Ver en igual sentido, ATIENZA Y MANERO RUIZ. **Op.cit.**, p 81.

evasión de la norma en dicha rama del derecho. Se parte no sólo de la premisa de tipos permisivos, sino también prohibitivos y preceptivos. Se tiene como base un tipo penal complejo ya conocido por todos, en el cual el elemento subjetivo es fundamental.

En razón de lo anterior, debe analizarse si solo es posible un fraude de ley doloso o si por el contrario se puede admitir la figura como culposa, análisis que debe plantearse alrededor de toda la teoría del delito. En este sentido, se puede afirmar con toda seguridad, que el fraude de ley como modalidad de comisión del delito puede adaptarse a los distintos tipos subjetivos existentes, excepto al ser estudiado en la tipicidad del delito.

En la tipicidad, éste dependerá siempre del elemento subjetivo requerido por el tipo penal. Resulta muy importante valorar el conocimiento y la voluntad necesaria para establecer una conducta como fraudulenta y delimitar los alcances de tal conocimiento. No es posible hablar de fraude sin conocimiento de la evasión normativa, al menos al estudiar la tipicidad.

La figura del fraude de ley es aplicable a toda la teoría del delito y dependerá de la etapa en la que se estudie, el determinar una posible solución a dicha figura, tomándose en cuenta el tratamiento que para cada caso en especial se ha propuesto por la doctrina.

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, califican como “ilícitos típicos” aquellas conductas que violentan las normas y los principios conjuntamente y a las conductas que no violentan las normas, pero sí los principios como ilícitos atípicos¹.

El fraude de ley analizado, desde la tipicidad del hecho, califica como un ilícito atípico, pues *prima facie*, la conducta fraudulenta resulta permitida o no prohibida por la norma específica, pero lesiona el bien jurídico que es la razón de su existencia y de creación de la norma.

Esta lesión, a los bienes jurídicos, no acaba aquí, pues el derecho penal a través del carácter fragmentario funciona de manera marginal, respecto de las lesiones que deben ser sancionadas. El Fraude de Ley en estos casos señala la lesión a un determinado bien jurídico, pero de acuerdo con el fin protección que se brinda a través de la norma, no como una lesión aislada del

¹ Ver en igual sentido, ATIENZA Y MANERO RUIZ, *op.cit.*, p 25.

ordenamiento. El fraude debe presentarse sobre la lesión específica que se quiere evitar con la creación de la norma, no sobre cualquier lesión al mismo bien protegido.

La esencia misma del fraude de ley consiste en burlar el contenido de una norma por medios legales otorgados por otro precepto normativo del ordenamiento jurídico o valiéndose de las lagunas del mismo. Se ha indicado que *“son casos en que, por caminos tortuosos, se combinan actos aisladamente válidos, pero que, en su conjunto, llevan a un resultado absolutamente prohibido por la ley...Se actúa en fraude cuando se choca directamente contra la Ley y en fraude de ley cuando se huye de su aplicación dando una larga vuelta (circumvenit) alrededor de ella para evitar toda sospecha...”*¹

Esta figura estudiada en la antijuricidad del hecho se encuentra estrictamente relacionada con la *actio ilícita in causa*, que se refiere a la sanción y exclusión de la aplicación de las causas de justificación cuando existe una causa ilícita provocadora. En la culpabilidad, los problemas se relacionan con la teoría de la *actio o la omitio libera in causa*, cuando la acción es libre en la causa y resulta lesiva de determinado bien jurídico; supuestos en los que el sujeto activo, se vale, de un estado de inconciencia o de inacción para posteriormente concretar la lesión al bien jurídico.

Ujala Joshi Jubert, ha utilizado llamar Alic a todos los casos en que existe mayor complejidad al analizar el delito, pues, éste se ejecuta en dos fases, similar a lo que se conoce como *actio libera in causa* en el ordenamiento jurídico costarricense. Esto, con el fin de encontrar una solución a la provocación de los supuestos de hecho, que permiten considerar la existencia de las causas de justificación, por ejemplo o de un error en la tipicidad. En términos amplios, se define la Alic como aquellos casos en que el hecho penalmente relevante tiene lugar en dos fases: en una primera, el sujeto dirige su acción a provocar la ausencia de un elemento esencial del delito y en una segunda fase, lesiona o pone en peligro un bien jurídico concreto; falta el

¹ DIAZ ALVAREZ (Genaro) y ABAD FERNANDEZ (Mariano). **Citado por** CASADO OLLERO **Op.cit.**, p. 189

elemento del delito excluido dolosamente¹. Esta teoría, como se verá más adelante, no es coincidente con el fraude de ley, pues en éste, no existe en todos los casos diferencia temporal entre las acciones realizadas; así, una acción puede resultar fraudulenta sin la presencia de un hecho precedente.

Dentro de los hechos cometidos en fraude, concurren varios factores que hacen que la acción perseguida quede impune en virtud de la manipulación que opera sobre el ordenamiento, no solo a través de varios actos, estrictamente; puede ser uno sólo, pero fraudulento en sí mismo, sin que exista una acción ilícita como precedente. Por ejemplo, cuando el fraude se presenta en la tipicidad y el hecho se realiza a través de una sola conducta evasiva de la norma. Siendo así la teoría de la Alic, solo resulta admisible con la manipulación de supuestos de hecho para crear una causa de justificación o de exculpación y en algunos ilícitos cuando existe un hecho precedente. Es importante valorar que cada causa de justificación tiene sus propias características, de las cuales va a depender su exclusión o no en un momento precedente.

Otras figuras que no deben confundirse con el fraude de ley y que se han propuesto para solucionar algunos casos complejos son el dolo antecedente y dolo subsiguiente, pues en algunos casos de fraude, existe como se señalaba una unidad de acción, un solo plan delictivo, una sola voluntad y conocimiento. El dolo antecedente se presenta cuando se quiere algo, pero en un lapso de tiempo determinado se adquiere por mera causalidad, no se perseguía dicho resultado y luego se acepta. El dolo subsiguiente cuando una vez alcanzado un hecho que no se quería se acepta y se quiere. En estos casos lo que existe son distintos tipos de dolo y su ubicación temporal en distintas etapas de la ejecución del delito; pero no un hecho fraudulento en el que el elemento subjetivo acompaña siempre al autor, incluso tales modalidades no son punibles pues no concurre tal elemento al momento del ilícito penal².

Tampoco se está ante los casos de dolo general en los que el sujeto activo persigue determinado hecho y al creer que no lo logra posteriormente lo

¹ Ver en igual sentido, UJALA JOSHI (Jubert) **La doctrina de la “Actio Libera in Causa”**. Barcelona, José María Bosh Editor S.A., primera edición, 1992. p 92.

² Ver en igual sentido. UJALA JOSHI. **Op.cit.**, pp. 95-97

alcanza a través de acciones que tiendan a encubrir el ilícito cometido. En dichos supuestos no existe fraude, pues se está ante una desviación causal del hecho, que termina conforme se había previsto. Los casos resueltos por la teoría del dolo general se consideran como una unidad de acción y se entiende que el dolo de la primera fase se extiende a la posterior o en algunos casos se compara con el dolo antecedente, siempre atendiendo al plan de autor. El dolo funciona para atribuir la desviación de cursos causales a determinado fin perseguido pero este no es el caso del Fraude de ley.¹

La figura del error es confundida, a veces, con la del fraude; se ha hablado, incluso, de que el fraude puede consistir en la provocación de un error, sea de tipo o de prohibición; este tema será estudiado con más detalle en el apartado dedicado al tipo penal y los problemas que presenta el error y sus consecuencias en la culpabilidad, desde ahora se adelanta que no resulta idóneo clasificar de fraudulenta una conducta cuya base es el error propiamente. La característica del error es que éste se basa en una falsa creencia o representación, mientras que en el fraude lo que existe es una evasión de la norma, al partir del conocimiento pleno de los hechos realizados.

El fraude de ley tiene gran importancia para el derecho penal como guía probatoria en la investigación de los delitos, como fundamentación sustantiva a determinados tipos penales complejos que ponen en tela de duda la participación y la posibilidad de sancionar conductas aisladas al tipo. Se trata de desenmascarar la comisión evasiva de tales ilícitos y valorar hasta donde es posible su sanción.

Pero, a pesar de que el Fraude de Ley no se considera como un delito propiamente, sino una modalidad del mismo, algunos ordenamientos como el costarricense, se han aventurado a regular la figura, de forma aislada, como un delito independiente; así, por ejemplo los artículos 5 y 58 de la ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, que expresamente señalan:

“ARTÍCULO 5.- Fraude de ley. La función administrativa ejercida por el Estado y los demás entes públicos, así como la conducta de sujetos de derecho privado en las relaciones con estos que se

¹ Ver en igual sentido. UJALA JOSHI. **Op.cit** pp. 97-98

realicen al amparo del texto de una norma jurídica y persigan un resultado que no se conforme a la satisfacción de los fines públicos y el ordenamiento jurídico, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma jurídica que se haya tratado de eludir”.¹

“ARTÍCULO 58.- Fraude de ley en la función administrativa. *Será penado con prisión de uno a cinco años, el funcionario público que ejerza una función administrativa en fraude de ley, de conformidad con la definición del artículo 5 de la presente Ley. Igual pena se aplicará al particular que, a sabiendas de la inconformidad del resultado con el ordenamiento jurídico, se vea favorecido o preste su concurso para este delito”.*²

En estos casos, el fraude de ley es sancionado como tipo penal, que además depende del derecho administrativo; lo que se pretende es sancionar la evasión de las normas jurídicas de ésta otra rama del derecho dentro del derecho penal. Deberá cuestionarse hasta donde es posible tal sanción y la existencia de un posible concurso de normas penales que también resulten lesivas, una vez considerado el fraude administrativo.

Tal precepto legal será analizado más adelante, por ahora interesa dejar claro el concepto del fraude de ley y su concepción como una modalidad de comisión de delitos y como un delito especial tal y como la hace ver el artículo precedente.

Parte B

Elementos esenciales y características del fraude de ley.

La estructura del fraude de ley suele presentarse como un supuesto de infracción indirecta de la ley. Es una conducta aparentemente conforme con una norma, pero produce un resultado lesivo.

Según Bejarano Sánchez, citado por Fernández Sessarego, *“se trata de una conducta que parece ser congruente con la norma de derecho, un*

¹ Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. N° 8422 del 27 de mayo del 2004, art. 5.

² Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Art. 58.

*comportamiento que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica y que, sin embargo, quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos de manera que su actualización no es ya una acción válida y legítima sino un acto ilícito. Es una conducta materialmente jurídica aunque sea coherente con la disposición formal de la misma. Aparentemente legítima pero sustancialmente ilícita”.*¹

La lesión en el fraude de Ley siempre va a recaer sobre el bien jurídico, de ahí el carácter lesivo de la conducta y la atipicidad por no encajar en el tipo penal. Es la misma idea, Fernández Sessarego habla de dicha estructura a partir de la diferencia entre una norma entendida como regla, y los principios que la fundamentan, como los bienes jurídicos.

Hablar de la infracción a la norma penal nos conecta con los conceptos expuestos por Atienza y Ruiz Manero de ilícitos típicos, pues el hecho está expresamente sancionado, e ilícitos atípicos cuando la lesión sufrida se pretendió evitar con el tipo mismo, pero escapa a su literalidad².

Existen principios generales del derecho penal como el principio de legalidad, de tipicidad, de lesividad, de última ratio, entre otros, que no pueden valorarse para determinar la existencia del fraude de ley, pues el fraude se presenta con la lesión misma a determinado bien jurídico; estos principios eventualmente sirven en la búsqueda de alguna solución jurídica. Por eso resulta importante distinguirlos.

La particularidad misma del fraude de ley, y así se ha estudiado en otras ramas del derecho, se presenta por la ambigüedad del ordenamiento jurídico. Pero en el derecho civil por ejemplo, las soluciones se han buscado en los principios generales aplicando la analogía. En el derecho penal no se puede realizar este ejercicio mental a la inversa, pues la interpretación analógica es expresamente prohibida; además los tipos penales no buscan proteger los principios generales sino bienes jurídicos en particular, los primeros garantizan la función de los tipos penales.

Para efectos de esta investigación, al referirse al fundamento de la norma, se hace referencia a aquellos bienes jurídicos que se buscan proteger

¹ FERNANDEZ SESSAREGO (Carlos). **Abuso del Derecho**. Buenos Aires, editorial Astrea, primera edición, 1992. p 24.

² Ver en igual sentido. ATIENZA Y RUIZ MANERO. **Op.cit.**, p 25.

con la norma violentada. No se trata, como sucede en el derecho civil, de estudiar el fraude como una laguna dentro del ordenamiento jurídico. Esta, es resuelta a través de los principios generales del derecho. En el derecho penal sería violatorio acudir a principios tan generales para afectar la libertad de las personas, máxime que la interpretación en esta materia debe ser restrictiva. Aún así, tampoco es viable considerar punible una conducta sólo por resultar dañosa para determinado bien jurídico. Debe atenderse también a otras valoraciones para poder analizar su punibilidad, tales como el sentido de protección que el legislador quiso dar a través de la norma. La existencia del injusto penal contiene la infracción al tipo penal y la efectiva lesión al bien jurídico, ambas deben ser tomadas en cuenta.

Algunos autores como Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero señalan que el fraude de ley dejó de tener un carácter subjetivo y que actualmente la figura se reconoce por los efectos objetivos, por el daño causado. Estos autores, sin embargo, desconocen la figura como tal, aplicada en el derecho penal y de ahí la negación, incluso, a depender de ambos aspectos y la distinción que al respecto realizan¹.

No es posible referirse dentro del derecho penal actual únicamente a la intención del sujeto, sin considerar la existencia del daño o lesión al bien jurídico tutelado, ya que no tendría sentido sancionar una conducta que no es lesiva. La jurisprudencia también se ha pronunciado al respecto, pues la Sala Constitucional y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Costarricense, reconocen que el bien jurídico es parte esencial del delito, de modo que una conducta que no viole el bien jurídico es impune. Por otro lado, tampoco tiene sentido referirse solo a los aspectos objetivos, ya que si no existe un elemento subjetivo por parte del sujeto activo, no existe la figura del fraude en sí, pues éste se refiere a la manera en cómo se lesione determinado bien jurídico de forma tal que se burle la normativa.

El fraude de ley consiste en la actuación de un sujeto activo que resulta violatoria de determinado bien jurídico protegido, pero que podría resultar sancionada aunque no coincidan en el mismo momento, al menos de manera aparente, todos los elementos necesarios para cometer el delito; lo anterior, al

¹ Ver en igual sentido, ATIENZA Y MANERO RUIZ. *Op.cit.*, p. 70.

atender a la manera en cómo se desarrollaron los hechos. Es por esa valoración que resulta de gran importancia estudiar el elemento subjetivo presente, pues podría analizarse la posibilidad en los delitos dolosos, de que exista un plan de autor definido, que permita acreditar la comisión del hecho. Se atribuye la atipicidad a la exclusión del elemento requerido, por medio de un acto precedente que puede considerarse como un acto preparatorio o compararse con la creación de un riesgo. De la misma manera resulta importante valorar la intención del sujeto de crear supuestos de hecho que puedan fundamentar una causa de justificación en la cual posteriormente pretenda ampararse, así como procurar un estado de inconciencia o de inacción para posteriormente cometer un delito.

El elemento subjetivo no puede ser aislado, pues, en derecho penal no se sancionan conductas por el daño causado únicamente, tal y como ocurre en el derecho civil con la responsabilidad objetiva. Se requiere de una motivación válida del sujeto activo para poder atribuirle la conducta como responsable del hecho.

Ante tales consideraciones es bueno aclarar si la figura del fraude de ley requiere un dolo específico respecto de la defraudación de la norma o basta con los elementos subjetivos propios del delito en particular. En efecto, en materia penal se requiere un momento subjetivo para la existencia del fraude de ley.

Este momento subjetivo lo designa Von Weber como "*la intención de actuar en fraude de ley*"¹.

Al definir el fraude de ley, éste trata de conductas que resultan lesivas pero que pueden ser atípicas, justificadas o que por la complejidad de los hechos resultan de difícil sanción. Estos hechos se clasifican como tales, de acuerdo con la manera en cómo se desarrollan respecto del bien jurídico, no simplemente atendiendo al fin evasivo del autor; no se busca sancionar conductas realizadas con un conocimiento mayor al debido por el individuo. Éste, sería un conocimiento sobre la antijuricidad del hecho lo que haría utópica su punibilidad. Al ser así, se excluiría del todo, aquellos hipotéticos

¹ VON WEBER. **Die Strafbarkeit der zu Umgehung des Gesetzes im Ausland begangenen Tar**", GS114, p 274. Citado por CASTILLO GONZALÉZ (Francisco) La Exclusión Dolosa de la Tipicidad y la Analogía in Malam Partem. El Caso del Banco Anglo Costarricense. **Revista de Ciencias Penales**. San José, Ciencias Penales, Septiembre 2004. V. 16(22) p. 69

casos en los que el fraude se cometa, al tener como base una acción culposa; por ejemplo, los casos de *Actio Libera in Causa Culposa*.

Basta con la intención de cometer el delito propiamente y atender al plan de autor, para valorar el dolo respecto a la lesión del bien jurídico. El Fraude de ley permite establecer la relación de causalidad entre el autor del hecho y el resultado lesivo.

Es importante resaltar que el fraude de ley no es un delito en sí mismo, es una defraudación de la norma sustantiva que busca lesionar determinado bien jurídico y que depende de tal lesión para la valoración del delito. Lo importante de estudiar la estructura del fraude de ley, es analizar la posibilidad de sancionar conductas lesivas que escapen al sentido literal de la norma, que resultan evasivas. Estas conductas pueden presentarse con la exclusión de cualquier elemento necesario para evadir la responsabilidad derivada de la comisión de un delito. Esto, supone un análisis en la culpabilidad del hecho, cuando se descarta alguna condición necesaria para reprochar el injusto penal. También puede presentarse con la provocación de una causa de justificación o de exculpación para posteriormente atribuirla en defensa del provocador. Ello, supone un estudio de la antijuricidad y culpabilidad también, o puede existir como una acción evasiva del tipo penal, que conecta con la atipicidad del hecho.

En algunos casos, el derecho penal ha tratado de brindar soluciones a actuaciones en fraude, de manera distinta y en dichos casos, éste forma parte del elemento subjetivo descrito en el tipo penal. Es así, cómo es usual encontrar normas que utilizan frases como: “al amparo, que persigan o que hubiese tratado de eludir”.

El derecho penal costarricense se ha preocupado por atender el fraude de ley en delitos graves como la corrupción pública y en algunas estafas y defraudaciones previstas en el Código Penal. Por ejemplo, existe el fraude de simulación, regulado el artículo 218 del citado cuerpo normativo, la estafa de seguros en el artículo 220, el agiotaje en el artículo 238 y el lavado de dinero en el artículo 69 inciso a y b de la ley de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas. Casos en los que se castiga la actividad tendiente a evadir la ley, mediante actos que tienen la apariencia de legales. Supuestos en los que el delincuente comete el

hecho tratando de ampararse en una norma legal o que anteriormente escapaban a la protección de la misma y que, por existir una afectación indirecta a los bienes jurídicos que se tratan de proteger, se crea la norma y es entonces cuando se deja de buscar la extensión de la misma, pues la nueva regulación viene a atender los bienes anteriormente vulnerados, función propia del carácter fragmentario.

Debe señalarse que, el fraude de ley no depende de si el delito en particular admite la tentativa o no, o si es un delito de peligro, especial, de propia mano, de mera actividad, de omisión, etc. Las características propias requeridas por el tipo penal, no van a variar con el estudio de un ilícito cometido en fraude de ley; éste depende del grado de ejecución y la manera en cómo se haya realizado, atendiendo al ilícito en particular, pues la simple acción del fraude no resulta relevante si no existe lesividad, al menos para establecer la tentativa. Sin embargo, debe hacerse la salvedad del caso, pues el análisis en la tipicidad del hecho cuando se está ante la exclusión de un elemento objetivo, se conecta con la atipicidad del mismo, pero cuando se trata de una exclusión derivada de un acto precedente, dicho acto no puede estar presente en delitos de peligro o de mera actividad, en los que no resulta lógico descomponer el delito en dos momentos distintos para entender su comisión.

Cuando se habla de Fraude de Ley deben respetarse todas las condiciones fácticas para la comisión del delito. La tentativa, por ejemplo, depende de que se cumpla con los elementos subjetivos y objetivos necesarios, de manera que se evidencie el plan de autor y la materialidad de poner en peligro el bien jurídico; ésta debe definirse a partir de la lesión al bien jurídico y no de la intención de procurar impunidad o de actuar en fraude respecto de la norma. Es lo mismo que sucede con la valoración del dolo, solo se puede exigir respecto al bien jurídico lesionado.

El fraude de ley como tipo penal varía sustancialmente las características de la figura, pues no se trata de la comisión de un tipo penal que depende de la lesión al bien jurídico protegido, sino de la lesión misma que se hace del ordenamiento, al aprovecharse del vacío legal o de las potestades que la misma normativa confiere. Así se ve en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública; esta figura constituye un tipo

penal que depende de la correcta función pública, lo que remite a las normas administrativas para configurar el fraude de ley.

Un punto importante es el que se encuentra relacionado con la doble sanción de una conducta ilícita, cuando la evasión y la manipulación que se hace con las normas administrativas constituye otros tipos penales, como por ejemplo, el delito de peculado, que constituye también un conducta administrativa cometida en fraude de ley, actualmente sancionada en materia penal por la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. El ejemplo anterior se entiende cuando el sujeto activo burla las normas administrativas para lograr la desviación de fondos públicos en beneficio propio; esto, es contrario a los fines públicos tal y como lo expresa este nuevo tipo penal. Debe valorarse la posibilidad de un concurso aparente de normas para resolver estos casos.

Lo particular de estas hipótesis es que se conoce o se prevé la forma fraudulenta en cómo se evadía la norma, el problema de crear un tipo penal que sancione el fraude en sí, es considerar cuáles conductas son fraudulentas o no, máxime que la norma que describe el Fraude de Ley previsto en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública resulta ser una regulación en blanco que remite a otras normas para completar el tipo penal.

Usualmente se ha asociado la figura del fraude de ley con el uso de una norma, para lesionar otras, los casos que se estudian son supuestos en los que se evade una norma, se violenta su contenido o el fin para el fue creada cual es la protección de algún bien jurídico; finalmente, cuando dicha violación configura un delito independiente como en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

La evasión de la norma se refiere tanto al sentido literal del tipo penal, como a la evasión de la responsabilidad por imposibilidad de calificar la conducta como antijurídica o culpable.

Partiendo de que el Fraude de Ley define la comisión evasiva de los tipos penales, es un poco difícil analizarlo como parte de un tipo penal. Valorarlo como un elemento requerido por la norma obliga a tomar en consideración si se admite la tentativa o no dentro de éste y deberá estudiarse las limitaciones de dicha valoración. Deberá analizarse con detenimiento cuál

es el fin último de la norma, valorando si se trata de la protección al ordenamiento jurídico administrativo o de los deberes de la función pública. También estudiar la exigencia o no del conocimiento de la antijuricidad del hecho, al menos de los actos ilícitos administrativos que llevan a la comisión del fraude.

Se considera que los delitos cometidos en fraude de ley son más complejos en la medida de que existe una actuación precedente o simultánea que forma parte del ilícito pero que resulta impune. En estos casos puede suceder que el sujeto activo busque esta impunidad; esto no es lo reprochable, pues es lógico que cualquiera que cometa un delito trate de evadir sus consecuencias. Lo reprochable es la lesión al bien jurídico protegido, de acuerdo con la manipulación realizada. Las soluciones propuestas solo pueden determinarse de acuerdo con las posibles sanciones y principios generales con los que se ejerce el derecho penal, pues sus vacíos e inconsistencias no pueden fundamentar la sanción de un fraude de ley que es atribuible a dichas ambigüedades.

Parte C

Consecuencias Jurídicas del Fraude de Ley

El fraude de ley obliga a considerar la posible sanción de los hechos, de acuerdo con la efectiva lesión a un bien jurídico y el carácter formal de la norma evadida. Se dice que: *“Se sabe que quien abusa de un derecho, quien defrauda la norma, denota un comportamiento que se disocia de la juridicidad y que es además, inmoral por antisocial. Al lesionar el valor solidaridad, cristalizado a través del plexo de principios y normas del derecho positivo, se atenta simultáneamente, contra el derecho -en sentido valioso- y contra la moral. Es decir se lesiona a la conciencia jurídica colectiva”*.¹

Para entender la figura del fraude se debe considerar que el ordenamiento jurídico es un conjunto de reglas creadas por el hombre en función de la vida en sociedad y no del ser humano como individuo. El fraude atenta contra los bienes jurídicos protegidos que persiguen mantener la paz y

¹ Ver FERNANDEZ SESSAREGO. *Op.cit.*, p 9

el orden social y es a partir de estas premisas que resulta necesario sancionarlo en todas las ramas del derecho, máxime en el derecho penal. En esta especialidad se busca dar una protección más efectiva a los bienes jurídicos más importantes para el ser humano. Debe aclararse que el ordenamiento jurídico no es un fin en sí mismo, sino que se encuentra en función del ser humano y tal condición fundamenta entonces la sanción de conductas abusivas respecto del mismo, en tanto resulten lesivas. No se trata de una protección del ordenamiento en sí mismo, sino de los bienes jurídicos necesarios para mantener la paz social.

El fraude de ley en el derecho penal tiene la particularidad de que debe ser analizado a través de toda la teoría del delito, pues, de conformidad con las distintas posiciones y valoraciones que se hagan de las diferentes etapas, se podrá considerar una acción como fraudulenta o no. No existen soluciones claras para cada uno de los problemas o interrogantes que se presentan en las diferentes etapas de estudio, tales como, si el fraude se comete tratando de eludir la tipicidad del hecho o si se trata de consumir alegando una causa de justificación o exculpación ficticia, o un estado de inimputabilidad o inacción provocado.

Algunas otras legislaciones desde tiempo atrás han tratado de solucionar el problema. Así por ejemplo el artículo 6 inciso 4 del Código Civil Español señala: *“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*.¹

Como dato de referencia, la jurisprudencia española de 1987, señalaba que esta norma no es exclusiva de la legislación civil, sino que era aplicable a todo el ordenamiento².

Esto quiere decir que en el derecho español se trató de aplicar la norma defraudada sobreponiendo la lesividad de la conducta sobre su legalidad. Atienza y Ruiz Manero consideran imposible la aplicación del fraude como tal en el derecho penal, al partir de los principios garantistas que inspiran la

¹ Universidad Complutense de Madrid. <<http://www.ucm.es>> [Consulta 18-04-2009].

² Ver en igual sentido. STC 26-03-87. **Citado por** ATIENZA Y RUIZ MANERO. **Op.cit.**, p 78.

legislación penal; pero, no descarta su aplicación pues al menos mencionan la posición de la jurisprudencia española como precedente¹.

Bacigalupo, hace notar, en relación con el fraude de ley en general: *“que su aplicación en materia penal no incidía en analogía alguna así como, también, que no se puede considerar suficientemente estudiada la cuestión de si desde otra perspectiva distinta de la del principio de legalidad, cabe excluir la aplicación del artículo 6.4 del Código Civil respecto a las leyes penales”*.²

Para este autor la aplicación del fraude de ley no parece aislada al derecho penal en vista de que no la clasifica como una analogía propiamente, que está prohibida en el derecho penal. Sin embargo y siendo que su aplicación se pretendía extraer del artículo comentado del código civil español, dicho autor hace ver que falta profundizar en el tema y que no sólo se puede descartar la aplicación de dicha figura, al basarse en el respeto al principio de legalidad. Como se sabe, existen casos en los que se ha infringido en cierto grado su aplicación para sancionar determinadas conductas; por ejemplo, cuando por política criminal se descarta la persecución de delitos considerados de bagatela.

Estos casos sirven para valorar que muchas veces se ha tratado de resolver los problemas presentados por la defraudación de una norma violentada en su contenido y protección, y no en el precepto legal propiamente, al recurrir a la analogía como forma de resolver casos que comparten determinadas características; esta posibilidad no se sigue, pero ayuda a considerar los diferentes tratamientos brindados al problema.

Posteriormente, la jurisprudencia española varió su criterio y, por ejemplo, refiriéndose a la integración de los delitos fiscales, señaló en el 2005: *“la aplicación de la figura del fraude de ley tributaria a efectos de integración del tipo del delito de defraudación incide en un razonamiento y aplicación analógicos incompatibles con el principio constitucional de legalidad penal”*³. Ruiz Zapatero considera que la misma conclusión debería aplicarse al derecho

¹ Ver en igual sentido. ATIENZA Y RUIZ MANERO. *Op.cit.*, p 78

² BACIGALUPO. *Principios de Derecho Penal, Parte General*. Akal, Madrid, 1197. p 92. **Citado por RUIZ ZAPATERO (Guillermo). Analogía, Fraude y Simulación Negocial en el Delito Fiscal, Sentencias del Tribunal Supremo y STC 120/2005**. Navarra, editorial Arazandi S.A., primera edición 2006, p 43

³ STC 120/2005. **Citado por RUIZ ZAPATERO. Op.cit.**, p 43

penal en relación con el fraude en general, a la luz de dicha sentencia y de la STC 75/1984, en la cual se fundamenta ésta¹.

En España, las posiciones son muy variadas, pues en muchos casos se ha recurrido a la analogía para integrar fraudes en materia tributaria que resultan imprecisos para ser utilizados en la integración del tipo penal de defraudación, previsto por el artículo 305 del Código Penal Español².

Dicho artículo del Código Penal Español resulta similar a la conducta de fraude de ley, prevista en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública Costarricense. Es una norma en blanco que remite a otras que resultan ambiguas para su integración-

Así sanciona: *“1. El que por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros...Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las siguientes circunstancias: a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario... 4. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de éste, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el*

¹ Ver en igual sentido. **Ibíd.** pp. 43-44

² Ver en igual sentido. **Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español.** Sentencia del 9 de febrero del 1991. **Tribunal Supremo.** Sentencia del 15 de julio del 2002. **Ibíd.** pp. 117-130

representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, ó cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.”¹

El problema lo expone Guillermo Ruiz Zapatero de la siguiente forma: *“En la infracción tributaria meramente administrativa, el incumplimiento anterior se cualifica, principalmente por la ocultación o por la utilización de medios fraudulentos. El tipo penal contiene, obviamente una remisión a la ley Fiscal que fija el supuesto de hecho y la obligación tributaria incumplida, limitándose el enjuiciamiento penal a la verificación de la realización por el sujeto pasivo del supuesto de hecho determinante de la obligación tributaria, así como el incumplimiento de dicha obligación tributaria.”²*

En España se discute sobre si el sancionar el fraude de ley tributario puede extenderse o no a la simulación negocial, toda vez que como se indicó lo que el tipo penal sanciona es el fraude tributario. Aunque la interpretación analógica sea permitida en materia fiscal, el integrar un tipo penal con términos tan abiertos ha generado grandes discusiones.

El fraude de ley conlleva a un estudio diferente cuando lo que se sanciona es el fraude en otras materias como un tipo penal independiente, diferente de cuando se analiza como forma de comisión delictiva de todos los tipos penales. Pero la remisión indirecta a ramas del derecho en las que si se admite la analogía pone en riesgo el principio de legalidad en el derecho penal.

En materia penal, el fraude de ley como forma de comisión de los diferentes tipos penales, tiene varias formas de ser tratado, de acuerdo con la etapa de la teoría del delito que se estudie, así por ejemplo, del derecho civil se ha copiado el principio de equiparación, sobre el cual se equiparan las circunstancias en las que actúa el sujeto³. De tal manera que si éste provocó la causa del fraude, no puede ser eximido de responsabilidad por un hecho ulterior, algo parecido a la máxima en derecho civil de *“nadie puede*

¹ Código Penal Español. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. <http://www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm>. [Consulta: 28 agosto. 2009]. Art. 305.

² Ver RUIZ ZAPATERO. *Op.cit.*, p. 22-23

³ Ver en igual sentido. CASTILLO GONZALEZ. *“Revista de Ciencias Penales...”*. p. 67-68

*aprovecharse de su propio dolo*¹. Pero, esta solución solo ha sido funcional para resolver los casos en los que existe una provocación de las causas de justificación y de exculpación.

Para resolver el problema en la antijuricidad se ha acudido a este principio de equiparación, traído del derecho civil. Así se equiparan las acciones del sujeto activo, de manera que quien provoca una causa de justificación con el fin de alegar posteriormente que fue atacado ilegítimamente, es culpable de los hechos que cometa contra su agresor. En igual sentido se aplica cuando se provocan falsamente los supuestos de hecho para alegar la concurrencia de una causa de exculpación.

Un ejemplo claro lo da el artículo 27 del Código Penal Costarricense, al regular el estado de necesidad, al describir los requisitos bajo los cuales éste opera:

*“No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos...b) que no lo haya provocado voluntariamente...”*²

En estos casos, quien provoca un estado de necesidad, no podrá alegar justificación alguna respecto del bien lesionado con su actuar, dicha posición es reflejo de la aplicación del principio de equiparación esbozado.

Para los casos en que se provoque un estado de inconciencia o incluso de inacción, la doctrina y normativa costarricense han recurrido a la teoría de la *Actio Libera in Causa*, de manera que quien provoca determinado estado de inimputabilidad, para luego cometer un delito, es culpable, pues se reprocha la acción precedente realizada para lograr el objetivo propuesto alcanzado, durante la acción defectuosa. A este nivel de la teoría del delito, esta forma de resolver el problema ha dado buenos resultados. Pero, como se señalaba al inicio de este trabajo, no puede utilizarse esta solución para todas las etapas de la teoría del delito, así como tampoco el principio de equiparación funciona en todos los problemas presentados al estudiar la evasión de una norma vista desde la culpabilidad o la tipicidad de un hecho. Aún así, la *Actio Libera in*

¹ Ver en igual sentido. **Código Civil**. Art. 702

² **Código Penal**. Ley N° 4573 del 3 de noviembre de 1971. San José, Librería Investigación Jurídicas S.A. Preparado por Ulises Zúñiga Morales, 2007. Art. 27

Causa no resuelve todos los problemas que se pueden suscitar a nivel de la culpabilidad, pues existen casos de mucha complejidad que la doctrina ha estudiado, en los que se considera posible la provocación de un error de prohibición o determinados errores sobre el conocimiento o la capacidad de autodeterminación; así por ejemplo: *“A decide ir de cacería. Antes de ir omite-dolosa o imprudentemente-averiguar a qué animales está prohibido matar. Una vez en el bosque y dispuesto ya para cazar, le es imposible informarse de que su actividad está prohibida. A caza a un leopardo pensando que ello le estaba permitido (error invencible). Puede suceder también que en aquél momento pueda A informarse, pero no lo logra (error vencible)”*¹. Se verá más adelante qué tan ciertas son estas posibilidades y si pueden caracterizarse de fraudulentas, además de cómo deben resolverse.

El ordenamiento jurídico costarricense claramente sanciona las conductas cometidas en fraude a la norma cuando el análisis se presenta en la culpabilidad del delito por la exclusión de la capacidad o de la conciencia del sujeto; así se evidencia en el artículo 44 del Código Penal, el cual señala:

“Cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado y aún podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiere sido facilitar su realización o procurare una excusa”.²

En estos casos puede verse que se pretende sancionar con mayor rigor la conducta, cuando se manifieste una intención de procurar la comisión del delito, aprovechando las exclusiones de los elementos requeridos para hacer reprochable el ilícito; sin embargo, esta intención no es indispensable para sancionar el fraude y así lo hace ver el tipo penal. Tal supuesto sería propio de un dolo sobrevalorado con conocimiento de la antijuricidad del hecho; esta circunstancia será analizada con mayor detalle al estudiar el fraude de ley en la tipicidad y la ubicación del dolo en la comisión fraudulenta, que es aplicable a todo el ordenamiento.

¹ Ver UJALA JOSHI. *Op. cit.*, p 88

² Código Penal. art. 44.

Es importante analizar que cuando se habla de fraude de ley, cometido desde la tipicidad de la norma, se refiere a la posibilidad de exclusión de alguno de los elementos del tipo objetivo. No es posible excluir el elemento subjetivo, ya que estos casos son resueltos por la teoría del error y su exclusión absoluta lleva a un estado de inimputabilidad. Ahora bien, por elemento objetivo debe conocerse tanto lo pertinente a las condiciones propias del sujeto y los diferentes modos de participación, así como al objeto sobre el que recae la acción, es decir, la acción propiamente, los elementos descriptivos y normativos. Sobre ellos puede existir cierto grado de incertidumbre o inconsistencia, por permitir varias interpretaciones, que pueden dar pie a una actuación en fraude de ley. Se habla en estos casos de fraude porque se lesiona el bien jurídico tutelado al escapar a lo preceptuado por la norma, no porque el sujeto activo tenga conocimiento de que el objeto sobre el que recae la acción, por ejemplo, sea parte del tipo penal o no, pues en tales casos se podría estar ante un error de prohibición.

El tema del fraude de ley encuentra mayor conflicto cuando es analizado en la tipicidad; las soluciones que el derecho penal propone a estos problemas son básicamente dos, estrictamente relacionadas con el carácter interpretativo de la norma: La primera, la actuación es impune por no estar cubierta por la norma y por escapar al análisis jurídico que supone la teoría del delito; segunda opción, atendiendo al sentido de la norma y considerando el efecto negativo que produce el hecho en los bienes jurídicos, se amplía su aplicación y por lo tanto se hace punible. Atienza y Manero Ruiz señalan: *“...son conductas que invierten el sentido de la norma, prima facie existe una regla que permite la conducta en cuestión, sin embargo, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita; esto, en nuestra opinión, es lo que ocurre con el fraude de ley”*¹.

Para estos efectos es que se acude a las reglas de interpretación, con el fin de valorar el sentido de la norma y delimitar su alcance.

Respecto de los sistemas de interpretación y las soluciones dadas al fraude se ha dicho que: *“Son dos los sistemas de interpretación analógica que pueden ser aplicables al derecho en general, primero el llamado sistema*

¹ Ver ATIENZA Y MANERO RUIZ. **Op.cit.**, p 27

*normativo, en el que el juez aplica la solución dada para casos similares a una situación no regulada. El sistema jurídico en el que aplica principios inmanentes del orden jurídico a casos no regulados y crea así un nuevo instituto”.*¹

Para reprochar una actuación en fraude de ley en el derecho civil, lo que existe es una interpretación de la norma en aplicación de los principios generales del derecho; por ello se crea, de manera abstracta, un nuevo instituto al aplicar por analogía determinada regla a casos no previstos.

En el derecho penal no es posible utilizar dicha interpretación analógica, sino que algunos autores pretenden una interpretación extensiva² de la norma, de manera que a la luz del bien jurídico violentado y de la protección que se quiso dar con el tipo penal se realiza la interpretación y se soluciona el caso en particular. No es posible hablar de interpretación analógica pues es claramente prohibida en el derecho penal, la extensiva es bastante cuestionada por parte de la doctrina, como se estudiará mas adelante al tratar la prohibición de la interpretación analógica. Es bastante discutida, pues como se expuso al valorar la situación en España, algunas veces se ha considerado la aplicación del tipo penal por encima de su literalidad y competencia, para sancionar actos que resultan lesivos; un ejemplo de ello lo brinda el Tribunal Supremo Español en la sentencia del 20 de diciembre de 1981: *“la ley penal española era aplicable a un delito de aborto cometido en el extranjero por españoles apoyándose para ello en el artículo 6.4 del Código Civil, es decir, considerando que en tales casos existía un fraude de ley, consistente en trasladarse a un Estado en que el aborto no era punible para cometer un hecho que el derecho español sancionaba como delito...sosteniendo que el “nasciturus” gozaba de la protección de la ley española en el extranjero, dado que tenía nacionalidad española”.*³

Se dice también que el tema de la interpretación analógica es discutible en cuanto se encuentra prohibida sólo en la parte especial. Al acudir a los mismos principios del derecho penal e interpretar la norma como un todo, en

¹ Ver CASTILLO GONZALEZ. *“Anuario de Derecho Penal...”*. p. 327

² Ver en igual sentido. SUAY HERNANDEZ (Blanca Celia). **Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños**. PPU, Barcelona, 1991, p 130. **Citado por** DIAZ Y GARCIA CONLLEDO. (Miguel). **El error sobre los Elementos Normativos del Tipo Penal**. Madrid, editorial La Ley, primera edición, 2008. p. 369

³ **Tribunal Supremo Español**. Sentencia del 20 de diciembre de 1981. **Citado por** RUIZ ZAPATERO. **Op. cit.**, p 71

algunos casos pueden resolverse hechos que atentan contra la protección de determinados bienes jurídicos de manera similar, sí éstos comparten características tales como el mismo bien jurídico. Pero, más adelante se verá que tanto la interpretación analógica como la extensiva, son prohibidas en el derecho penal costarricense y que la diferencia entre ambas es mínima, de ahí las discusiones suscitadas.

El fraude de ley analizado desde la tipicidad del hecho se puede presentar de dos maneras; la primera, la acción es acorde con la protección que se quiso dar al bien jurídico con la norma en particular, pero impune por escapar al sentido literal de ésta; la segunda, por haberse excluido algún elemento del tipo penal por medio de una acción precedente. Las soluciones a estas dos posibilidades son distintas.

El Dr. Castillo González refiere que: *“...cuando la acción fraudulenta recae sobre un mismo acto o unidad de acción resulta impune, pues sancionarla sería recurrir a la analogía o a la extensión de la norma que choca con el principio de legalidad...pero si el hecho se realiza a través de un acto precedente mediante el cual se excluye un elemento objetivo del tipo debe recurrirse para su atribución a los delitos de comisión por omisión...”*¹

Se ha dicho que no se puede equiparar la evasión de la norma con su violación, no se puede negar que existen casos en los que definitivamente existe una laguna normativa y aunque determinado bien jurídico resulte lesionado, tal conducta no puede ser sancionada. El fraude existe cuando la lesión al bien jurídico realmente se presenta y ésta lesión se quiso evitar con la norma en particular, solo que no es posible su sanción por limitaciones en el sentido literal de los términos utilizados por el tipo penal.

Respecto de la solución propuesta para la exclusión de un elemento del tipo a través de un hecho precedente, resulta interesante y acertada la propuesta del Dr. Castillo González, pero será objeto de mayor estudio y críticas al desarrollar el tema de la exclusión dolosa de la tipicidad.

¹ Entrevista con el Dr. Francisco Castillo González. Profesor, 02 de mayo de 2009.

Sección II

Reglas de interpretación en el derecho penal, como limitación al fraude de ley.

Parte A

Sistemas de interpretación en el derecho penal.

Mediante la interpretación se descubre el alcance y el sentido de la ley penal. La interpretación guía en la manera en cómo debe aplicarse el derecho. De acuerdo con los distintos tipos de interpretación puede definirse el alcance de las normas, el sentido de las mismas y básicamente los hechos sobre los cuales debe aplicarse.

La interpretación puede ser analizada desde tres puntos de vistas, según quien la realice, según el método empleado, o de acuerdo con los resultados obtenidos¹.

Según quien la realiza, puede ser:

1. **Auténtica:** *“Es aquella que lleva a cabo el legislador en la misma ley o en otra ley, explicando los alcances de la ley penal, fijando límites o indicando hasta donde quiso llegar con lo que puso en la ley”.*²
2. **Judicial:** La realizan los Jueces de los Tribunales de Justicia al aplicar la ley y resolver los casos sometidos a su conocimiento. Se trata de descubrir al significado objetivo del texto legal; por ello es válido denominarla como jurisprudencial³.
3. **Doctrinaria:** *“La realizan los tratadistas o estudiosos del derecho, con el propósito de obtener el verdadero sentido de la ley, y cualquier resultado que obtengan no es obligatorio para nadie, no obstante, en la práctica*

¹ Ver en igual sentido. VELASQUEZ VELASQUEZ (Fernando). **Derecho Penal, Parte General**. Bogotá, editorial TEMIS S.A., tercera edición, 1997. p 132

² NIÑO (José Antonio). **La interpretación de las Leyes**. México, editorial Porrúa S.A. primera edición, 1979. p 332

³ Ver en igual sentido. VELASQUEZ VELASQUEZ. **Op.cit.**, p 133.

las construcciones doctrinarias bien elaboradas suelen ser tomadas en cuenta como forma de interpretación legal".¹

Según el medio o método empleado, o sea, del que se vale el intérprete o el criterio que lo inspira, la interpretación puede ser:

1. **Semántica:** Es decir referido al sentido literal, gramatical, de las palabras o términos empleados por el legislador. Generalmente se recomienda que todo método de interpretación comience por aquí, ya que si este método no presenta problemas, los demás prácticamente serían innecesarios².

Nuestro Código Civil en su artículo 10 señala que:

"Las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas".³

Se desprende entonces, que la principal interpretación atiende al sentido de las palabras. Los demás sistemas interpretativos van de la mano con éste de forma complementaria, tal y como seguidamente se exponen.

2. **Histórica:** Se refiere a los antecedentes, hechos y fenómenos sociales por los cuales la ley se promulgó; se incluyen los motivos históricos del trabajo legislativo. Habría, así un núcleo de significación que brinda la dirección esencial al contenido normativo del texto, sin perjuicio de tolerar además cierta renovada adaptación de este precepto al momento presente.⁴
3. **Lógica:** *Se propone comprender el ordenamiento jurídico en su conjunto, respetando su orden lógico-sistemático, por lo cual se deberá atender en primera instancia la estructura de la ley penal y los principios*

¹ Ver NIÑO. *Op.cit.*, p. 243

² Ver en igual sentido. VELASQUEZ VELASQUEZ. *Op.cit.*, p 134.

³ *Código Civil*. Art. 10

⁴ Ver en igual sentido. HABA (Enrique P.). *Esquemas Metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*. Caracas, editorial Sucre, primera edición 1972. p 96

que la rigen, ejemplos: “el hecho de que en la ley penal exista un orden de prioridades que establece que primero se tutela la vida que la propiedad”. De igual forma, “primero se tutelan los delitos que las contravenciones”. Este método de interpretación parte de la idea, que el ordenamiento jurídico es uno solo y que todas las normas jurídicas pertenecen a él, por lo tanto no existe norma o grupo de ellas que tengan vida autónoma. Esta forma de interpretación opera de manera subsidiaria en relación con la interpretación semántica, aunque la complementa. Se constituye como un medio primario cuando no es posible ésta última, y actúa como mecanismo de control de resultados logrados con la primera interpretación. Este tipo de interpretación se vale de los siguientes elementos:

- a) *El primero el racional y teleológico: a través del cual se trata de establecer el fundamento racional objetivo de la norma o la ratio legis. Definir el fin para el cual fue creada, no es otro que la protección de bienes jurídicos, por lo que el intérprete debe precisar cuál es el interés tutelado.*
- b) *El segundo, el sistemático: como el complejo de normas jurídico penales constituye un todo, deben ser consideradas a partir de un agregado principio que permita agruparlas en un sistema normativo, y no como una aglomeración caótica de disposiciones. La interpretación debe realizarse con arreglo al fin total del orden jurídico pero ligada al precepto aislado.*
- c) *El tercer, el histórico: el conocimiento de la historia fidedigna del texto brinda una herramienta de suma importancia.*
- d) *En cuarto lugar el político social: es vital no deslindar la norma penal de la realidad circulante, de las elaboraciones político criminales constantes y presentes en cada momento concreto, así el intérprete no esté de acuerdo con el contenido de la norma”.¹*
- e) **Progresiva:** Al tener en cuenta que la norma aparece en determinado medio social, se hace necesario adaptar los textos

¹ Ver VELASQUEZ VELASQUEZ. *Op.cit.*, pp. 135-136

legales a las necesidades de la época y hacer la conexión entre el ayer y el hoy.¹

Por los resultados obtenidos, la interpretación puede ser:

- I. **Analógica:** Está expresamente prohibida en materia penal; en el artículo 2 del Código Penal está contenida dicha prohibición, sin embargo por jurisprudencia se ha dicho que es válida cuando favorezca al imputado. Esta interpretación consiste en aplicar al hecho concreto una ley parecida con la finalidad de resolver el caso concreto, pues este último no está regulado ni implícita ni explícitamente en la ley penal. Se ha dicho que esto violenta los principios de legalidad y de tipicidad, porque si la conducta no fue descrita en la ley como delito, es porque el legislador no quería que fuera vista como tal.

Por analogía se entiende completar el texto legal de forma que considere prohibido lo que no es, al basarse en la similitud de los hechos². Se trata de expandir el ordenamiento a casos más allá de los expresamente regulados.

Los casos de aplicación analógica consisten en que dos hechos comparados comparten características que los unen, pero no son iguales entre ellos. Ejemplo, “a1” es un caso regulado, “a2” es un caso no regulado, “a” es la ratio común de ambas, “a1” es similar a “a2” mediante “a” por lo que “a1” es “a2”, así que se aplica la analogía. La doctrina diferencia este tipo de interpretación de la extensiva en la que el ejemplo sería: “ab1” es el caso regulado, “cb2” es el caso no regulado, “ab1” es semejante a “cb2” por lo cual extensivamente la solución se comparte³. Como puede verse la diferencia es mínima, cuando se habla de interpretación extensiva se hace referencia a palabras que pueden ser similares con lo descrito en el tipo penal pero que se escapan a su literalidad y entendimiento. Cuando se habla de analogía se trata de casos no previstos por el tipo penal, pero que se asocian por alguna característica común.

¹ Ver VELASQUEZ VELASQUEZ. *Op.cit.*, p. 11

² Ver en igual sentido. ZAFFARONI (Eugenio Raúl). **Derecho penal, parte general**. Buenos Aires, editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, primera edición, 2000. p 111

³ Ver en igual sentido. BOBBIO (Norberto). **Teoría de la Norma Jurídica**. Bogotá, editorial TEMIS S.A., segunda edición, 2002. pp. 237-238

Respecto a la diferencia entre ambas Norberto Bobbio dice: *“La analogía crea una nueva norma jurídica y la interpretación extensiva es hacer extensiva una norma a casos no previstos”*.¹

II. **Restrictiva:** Se da esta interpretación en aquellos casos que la ley es demasiado amplia en su contenido. Ante ello, puede ser acortada, reducida o restringida al supuesto concreto, restringe el significado de la disposición interpretada. Se dice que la ley penal debe ser interpretada en forma restrictiva cuando perjudique al imputado².

III. **Extensiva:** Se presenta esta interpretación, cuando se le da a los términos contenidos en la ley, un alcance mayor al que dice la letra. En materia penal este método es peligroso, porque se podría ir más allá de lo que dice la norma, e incluso se podría llegar a la interpretación analógica que está expresamente prohibida en materia penal.

Se trata de ampliar el alcance de los términos legales para que la letra se corresponda con el espíritu y la voluntad que el legislador quiso plasmar³.

Se dice que: *“hay serios indicios externos al texto que revelan que la voluntad legislativa fue, en realidad, darle a la norma un ámbito de aplicación mayor que el que surge aparentemente de su letra.”*⁴

IV. **Declarativa:** Se presenta esta interpretación cuando se le da a la norma un sentido completo. Sin embargo, cuando se pretende dar ese sentido a la norma, se podría caer en excesos o también se podría darle un efecto restringido a la interpretación. Es cuando los términos utilizados en la ley señalan con precisión lo que el texto quería y debía decir, de modo que el intérprete no puede ampliar ni restringir el alcance de su tenor literal y este se limita a resolver la eventual duda, con la exacta correspondencia entre el espíritu y la letra de la ley.⁵

¹ Ver BOBBIO. *Op.cit.*, pp. 237-238

² Ver en igual sentido. VELASQUEZ VELASQUEZ. *Op.cit.*, p. 138.

³ *Ibidem.*

⁴ Ver HABA. *Op.cit.*, p 39

⁵ Ver en igual sentido. VELASQUEZ VELASQUEZ. *Op.cit.* p 137

Para entender mejor este tipo de interpretación se hace referencia a la posición de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la que se refirió a los términos “ofrecer” y “dar”, presentes en el artículo 345 del Código Penal, así en su momento señaló: *“los verbos contemplados en el artículo 345 del Código Penal son “dar” y “prometer”, lo cierto es que “ofrecer” sí está cubierto por ellos, no por el verbo “prometer”, sino por el verbo “dar”. No debe excluirse el “ofrecimiento” como posible contenido semántico de la palabra “diere” consignada en el referido numeral del Código Penal.”*¹

- V. **Progresiva:** Teniendo en cuenta que la norma es redactada de acuerdo a determinado medio social, sujeto a cambios y a evoluciones continuas, debe adaptarse a las situaciones que se vayan presentando so pena de tener que modificarla a diario; por ello, es misión del intérprete armonizarla acorde con las transformaciones necesarias en los diferentes ámbitos.

La doctrina se ha ocupado de brindar algunas pautas para llevar a cabo la interpretación de la norma. En primer lugar se indica que debe atenderse a la voluntad del legislador, en segundo lugar no debe tomarse en cuenta el momento de elaboración de la norma, sino el de su aplicación. Tercer lugar las normas deben interpretarse en armonía con el texto constitucional. Cuarto, debe tenerse en cuenta distintas circunstancias que se presentan en la vida real, pues no existe una interpretación válida y definitiva en todos los tiempos. Quinto, las consagraciones legales deben interpretarse dentro del contexto sistemático. Sexto, lo decisivo es el fin que quiso plasmar el legislador en la norma. Séptimo, la labor interpretativa no debe ni beneficiar ni perjudicar al imputado, pero todas las dudas que se presenten deben ir dirigidas a tener en vigencia la interpretación restrictiva que rige en materia penal. Octavo, la interpretación propuesta inicialmente no es una camisa de fuerza para el intérprete quien, con miras a garantizar la justicia, puede alterarla cuantas veces sea necesario con tal de que no se ponga en peligro la seguridad

¹ **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia número 2004-00451 de las doce horas del siete de mayo del dos mil cuatro.

jurídica. Noveno, nunca debe olvidarse que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general, es el llamado principio de especialidad. Décimo lugar, debe tenerse en cuenta el principio cronológico según el cual la ley posterior deroga la anterior¹.

Al analizar un ilícito cometido en fraude de ley respecto de algún elemento del tipo objetivo, se debe valorar que la interpretación siempre va a ser judicial, a través del medio semántico e histórico, pues no se puede desatender lo expuesto por el tipo penal, pues se cae en grandes lagunas jurídicas que provocan un alto grado de inseguridad. De acuerdo con el resultado se debe considerar que la interpretación puede ser declarativa, pues no se pretende realizar una interpretación analógica o extensiva en contra del imputado, sino una descripción detallada de lo dispuesto en la tipo penal, con el fin de atender los hechos con la mayor legalidad posible dentro del sentido propio del tipo penal. Más adelante se analizarán las ventajas y desventajas de aplicar uno u otro método de interpretación en el derecho penal.

Por ahora basta con definir cada uno de los tipos de interpretación jurídica, recordando que muchos de estos son limitados por principios penales como el de legalidad, lex certa, seguridad jurídica, carácter fragmentario, que hacen imposible su aplicación en esta rama del derecho. La analogía es claramente prohibida en derecho penal, y cualquier forma de interpretación semejante también, es por dicha razón que se discute si la interpretación extensiva también es prohibida. Sobre este tema se ampliará más al estudiar las restricciones a la interpretación analógica.

Parte B

Conflicto entre reglas y principios, su aplicación al tema.

El conflicto entre las reglas y los principios, es el conflicto existente entre la lesión a determinado bien jurídico y el tipo penal, cuando el primero resulta lesionado y el hecho es atípico. Principio es el fundamento de la norma, así como el bien jurídico es la razón que origina el tipo penal.

¹ Ver en igual sentido. VELASQUEZ VELASQUEZ. *Op.cit.*, pp. 139-141

“El término principio está compuesto por la raíz derivada de pris, que significa “lo antiguo”, “lo valioso”, y de la raíz cp que aparece en el verbo – tomar- y en el sustantivo capuz –cabeza- entonces, un sentido histórico (antiguo), un sentido axiológico (lo valioso) y un sentido ontológico (cabeza). Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el término principio significa, entre otros, punto que se considera como primero en una extensión o cosa, base u origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia, causa de origen de algo, cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes.”¹

Las reglas se definen como la norma en particular, la regulación expresa que se realiza en protección de determinado principio o valor que requiere ser atendido frente a las posibles violaciones de la sociedad, sin las cuales el orden social resulta imposible.

El conflicto existente entre las reglas o normas y los principios que las fundamentan tiene mayor relevancia en cuanto se oponen entre sí, por existir lagunas dentro del ordenamiento que desatienden la protección de tales principios. Esta es la estructura básica del fraude de ley, normativa que resulta insuficiente para establecer claramente las prohibiciones legales, y la lesión real a determinado bien jurídico en oposición a la protección que se pretendió brindar con la norma vulnerada.

Este es el conflicto pleno del fraude de ley, que resulta más evidente al estudiarse en la tipicidad del delito, pues existe un contraste entre la lesión al bien jurídico de acuerdo con el sentido protector de la norma y la tipicidad del hecho.

¿Cuál de los dos elementos, normas o principios, tiene mayor peso y priva dentro del derecho penal, exclusivamente el costarricense?

Debe respetarse el principio de legalidad criminal sobre todas las circunstancias y evitar a toda costa interpretaciones de la norma que puedan resultar lesivas al imputado, o debe valorarse la lesividad de los hechos y en algunos casos justificar la sanción de determinadas conductas con base en

¹ JIMENEZ CANO (Roberto Marino). **Sobre los principios generales del Derecho Especial consideración en Derecho Español**. Madrid, octubre de 1999. pp. 1-2. Revista Telemática de Filosofía del Derecho. <<http://www.filosofíayderecho.com./rtfd/numero3/1-3.pdf>> [Consulta: 20 agosto. 2009].

ello. Respecto del principio de legalidad, se hará un estudio del mismo y de las consecuencias de la interpretación analógica o extensiva¹. Por ahora basta con señalar que las reglas, los tipos penales, son la base de la seguridad jurídica que ofrece el derecho penal, tanto a los ciudadanos como víctimas y como imputados, de que cada persona será juzgada por un hecho claramente tipificado y no de manera antojadiza a través de falsas interpretaciones. Es en razón de ello que las interpretaciones fieles no contradicen el principio de legalidad. Además, bien jurídico, como fundamento del tipo penal, siempre estará junto a éste y sirve para saber si los hechos deben ser sancionados o no, de acuerdo con la lesividad y su correspondencia con el tipo penal.

Las soluciones al choque entre las normas penales y la lesión al bien jurídico se restringen a dos. Se extiende el campo de aplicación del tipo penal para sancionar casos no previstos o en su caso, en apego a los principios penales de mayor garantía se atiende la literalidad del tipo y se determina la atipicidad del mismo.

En el derecho penal todas las normas y conductas sancionadas deben estar claramente descritas por el legislador. Sin embargo, cuando se trata de señalar conductas que son abusivas o fraudulentas a la norma, el legislador debe prohibir aquellas acciones que merezcan ser calificadas como tales, sin especificar, en términos de propiedades descriptivas, en qué condiciones una acción merece determinada calificación valorativa. Determinar dichas condiciones de aplicación, es un tema que es encomendado al aplicador del derecho. Los casos de fraude de ley resueltos en la culpabilidad del hecho y en la antijuricidad, por ejemplo, son regulados por tipos penales generales que complementan la forma en como se debe tratar estas evasiones en los tipos especiales, pues resulta impreciso regular todos los casos posibles en cada tipo penal; por ello, el juzgador debe adecuar la norma general a la situación en estudio.

Como bien se dice en la doctrina respecto al fraude: *“Con las actuaciones en fraude de ley se demanda que el juzgador valore como más justa la prohibición emergente de la regla de acción social que la permisión del*

¹ Véase **infra** p. 47

*sistema legal y como consecuencia que establezca por ello una nueva limitación de las posibilidades de obrar con vigencia jurídica*¹.

En el derecho penal las actuaciones que lesionan un bien jurídico que se quiere proteger de determinadas lesiones con un tipo penal ambiguo o incierto, son conocidos como ilícitos atípicos por autores como Juan Ruiz Manero y Manuel Atienza². Se pueden entender dos posibles soluciones a estos casos: una es el resultado de extender analógicamente la ilicitud establecida en las reglas o el resultado de la mera ponderación entre los principios relevantes del sistema, cuyo balance exige la generación de una nueva regla prohibitiva; analogía *legis* la primera y analogía *iuris* la segunda.

Utilizando esta terminología, se puede decir que: *“los ilícitos por analogía surgen -en los supuestos de analogía legis- cuando una cierta regla prohibitiva es infraincluyente en relación con las exigencias de los principios que constituyen su justificación subyacente: la ilicitud de una conducta descrita como tal en una regla se extiende también a otra conducta que no resulta de entrada o prima facie subsumible en la regla, pero respecto de la cual son asimismo aplicables las razones para la prohibición que justifican dicha regla; en los supuestos de analogía iuris de lo que se trata es simplemente de que el balance entre los principios relevantes, exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva, aún no existiendo una regla previa que consideremos como infraincluyente*³.

Estas consideraciones sirven para entender el conflicto entre un hecho lesivo y tipicidad. La analogía parece ser de fácil aplicación en el derecho civil, pero en derecho penal priva el principio de legalidad que impide sancionar conductas no previstas expresamente en el tipo penal. Aún así, la interpretación extensiva guarda muchas similitudes con la analógica y ambas tratan de ampliar el tipo penal a supuestos de hecho no expresamente previstos.

Si bien es cierto, existen juicios de valor que se dejan a criterio del juez, la interpretación no se realiza de una manera antojadiza; por el contrario, toda autoridad debe fundamentar de manera razonable y lógica el por qué de

¹ Ver ATIENZA Y RUIZ MANERO. *Op.cit.*, p 60

² Ver en igual sentido. ATIENZA Y RUIZ MANERO. *Op.cit.*, pp. 25-31

³ *Ibíd.* p. 60

determinada valoración. En este sentido, pareciera que los casos en fraude de ley no deben resolverse atendiendo a la analogía propiamente, pues se recurre a la creación de un nuevo instituto que se extrae de la propia norma vulnerada; estrictamente se trata de aclarar el alcance de la norma y adecuarlo a la conducta fraudulenta en la medida que sea posible, de acuerdo con el sentido literal de los términos. Dicha interpretación sólo resulta factible cuando estudia el fraude de ley en la tipicidad; en estos casos el hecho se presenta como uno solo, pues las soluciones de exclusión de algún elemento del tipo mediante una acción precedente reciben un tratamiento distinto.

Ahora bien, los principios, como razón o fundamento de las normas no pierden su función una vez redactada la regla jurídica, pues éstos sirven de manera esencial para resolver problemas de interpretación; es importante valorar que éstos son los que fundamentan la normativa y como tal resultan aplicables una vez que se ven violentados.

En el derecho civil, cuando se recurre a los principios del derecho para solucionar un conflicto no previsto por la normativa especial, se aplica la interpretación analógica al crearse una nueva figura para solucionar el caso que comparte determinadas características, pero que no es sancionado. En el derecho penal la valoración debe realizarse en relación con los bienes jurídicos, que son el fundamento de la norma, por lo que se busca valorar, qué tan factible resulta una interpretación extensiva de la norma respecto a la lesión del bien jurídico. Se pretende, de esta manera, solucionar los casos, sin violentar la prohibición de interpretar restrictivamente la normativa penal y la prohibición de analogía *in malam partem*. Debe estudiarse la posibilidad de aplicar la interpretación extensiva frente al principio de legalidad y valorar hasta dónde se encuentra limitado el juzgador al interpretar los diferentes tipos penales respecto de este principio.

Atienza y Ruiz Manero sostienen que: *“Al estudiar el fraude de ley se va más allá de la interpretación restrictiva, no es que se entienda una determinada expresión en el sentido más limitado posible, sino que se crea una excepción a la misma”¹.*

¹Ver ATIENZA Y RUIZ MANERO. *Op.cit.*, p. 85

La figura del fraude de ley supone una interpretación de la norma, pero no simplemente de forma declarativa sino de conformación del derecho, de manera que pueda presentarse como un todo coherente respecto de los fundamentos mismos de la norma, pero debe entenderse que tal ejercicio normativo no es aplicable al derecho penal. Al estudiarse la interpretación extensiva como posible en el derecho penal debe tenerse mucho cuidado, pues el método aplicable es muy similar a la analogía y en consecuencia también resulta prohibida.

Es importante valorar que las conductas son consideradas como desvalores en sí mismos por la sociedad y no porque estén prohibidas. Analizadas desde el punto de vista del fundamento del ordenamiento jurídico, justifican la intervención de éste y su apreciación como lesivas a la hora de buscar una solución a estos casos.

Siendo así, los bienes jurídicos, como fundamentos del derecho penal, son valorados en sí y no dependen de normas específicas para ser considerados como tales. A estos, quien les dota de valor es la adecuación social que es la que los crea y quien en definitiva los mantiene. Pero esta valoración no puede ser abierta, debe ser relevante jurídicamente y adaptable al derecho vigente, de esto se encarga el carácter fragmentario.

Los principios jurídicos son los que dan sentido a las reglas o normas jurídicas, pero además los principios cumplen una función reguladora de las conductas humanas, pues es a partir de ellos que se establecen las normas con el fin de resolver casos concretos, también sirven cuando las reglas específicas presentan problemas de indeterminación.

No es un problema de lesividad de los bienes jurídicos, cual es resuelto por el carácter fragmentario del derecho penal, sino del conflicto entre el alcance entre ciertas normas jurídicas, la lesividad seleccionada respecto al bien jurídico protegido, frente a las exigencias de los principios relevantes del sistema.

Debe tomarse en consideración que: *“El bien jurídico es lo que da justificación al derecho penal. La función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos”*¹.

El Dr. Francisco Castillo define éste de la siguiente manera: *“Bien jurídico es una determinada relación real de una persona con un valor concreto reconocido por la comunidad jurídica, descrita de manera apropiada en los tipos penales particulares -unidades de función social-, por la cual el sujeto jurídico personalmente se desarrolla con la aprobación del orden social”*².

El bien jurídico es entendido como el derecho determinado que tiene una persona en una situación concreta que merece respeto. La lesión al bien jurídico falta si no hay irrespeto de las relaciones de una persona con los bienes comunitarios, pues: *“Los principios se caracterizan por no excluir como lo hacen las normas el campo de aplicación del derecho, si no que por el contrario exigen una deliberación de parte del juzgador para su aplicación. La distinción entre las reglas y los principios solo tiene pleno sentido en el nivel de análisis prima facie, pero no una vez establecidos todos los factores, pues dicha ponderación debe haber dado lugar ya a una regla”*³.

Sin embargo, una vez establecida tal regla, los bienes jurídicos siempre van a acompañar a las normas como reglas, pues, son estos mismos los que las justifican y le dan sentido. No tiene mayor importancia aplicar una norma por un mero formalismo si la conducta no ha logrado el fin que pretende evitar la regulación normativa.

Los bienes jurídicos deben valorarse en sí mismos y de acuerdo con las consecuencias que se derivan de su irrespeto. El ordenamiento jurídico debe verse lesionado cuando se afecta la protección de alguno de éstos, sin ponderar o aplazar el grado de lesividad del resultado o del calificativo que se realice de tal acción, aunque como se sabe hay conductas que son regladas de conformidad con el resultado, en las cuales efectivamente deberá valorarse cualitativamente y cuantitativamente el daño material para valorar la lesividad.

En este sentido se dice: *“El bien jurídico es esencial para establecer dentro de la teoría personal de lo injusto, que nosotros seguimos, tanto el*

¹ CASTILLO GONZALEZ (Francisco). **El bien jurídico penalmente protegido**. San José, editorial jurídica continental, primera edición, 2008. p 35

² **Ibíd.** p. 43

³ Ver en igual sentido. ATIENZA Y RUIZ MANERO. **Op.cit.**, p. 20

desvalor de la acción como el desvalor del resultado. El desvalor de la acción consiste precisamente en la violación dolosa o culposa del bien jurídico. El desvalor del resultado, en los delitos de lesión y en los delitos de peligro concreto, consiste en querer el resultado previsto por el correspondiente tipo penal, que en estos delitos incluye la lesión o el peligro de lesión al bien jurídico”¹.

El bien jurídico es esencial para establecer el aspecto material de la antijuricidad, en el sentido de que implica una afectación al mismo². Es importante en la ponderación y razonabilidad de la lesión para determinar la existencia de una causa de justificación o la infracción de la norma.

Como tal, el bien jurídico tiene además una función limitadora del *ius puniendi*. Éste se encuentra en función del ciudadano y de la sociedad.

También se debe entender que: *“...el bien jurídico no está directamente ligado con el daño material, sino que el mismo debe valorarse con relación al ser humano, en sus intereses vitales concretos. Así lo explica la teoría personal de lo injusto”³.*

Ahora bien, una conducta no puede determinarse como lesiva de manera aislada al tipo penal. Si bien es cierto en el Fraude de Ley existe una contradicción entre lo que es típico e injusto por el desvalor de la acción y del resultado, no puede sancionarse una conducta si por lo menos el sentido material del hecho no coincide con el del tipo penal.

Se expone que: *“Reducir aquello que el sujeto ha de conocer para actuar con dolo al carácter lesivo de la conducta para bienes jurídicos supone una reducción materialmente injustificada e incompatible con lo establecido con los propios tipos en cuanto éstos respeten principios como el de concreción o respondan al carácter fragmentario y de última ratio del derecho penal... El bien jurídico, pero no solo él, tiene importancia a la hora de interpretar el tipo y, por lo tanto, también a la hora de determinar cuál es el sentido material auténtico de un elemento típico, cuya concurrencia debe conocer el sujeto al actuar con dolo”⁴.*

¹ CASTILLO GONZALEZ. “El bien jurídico...”. p 36

² Ver en igual sentido. ZAFFARONI. *Op.cit.*, p 571

³ *Ibíd.* p 42

⁴ Ver DIAZ Y GARCIA CONLLEDO. *Op.cit.*, p 366

El bien jurídico sirve para interpretar el sentido del tipo penal y lógicamente para darle sentido. El autor de un delito no debe conocer que toda lesión a determinado bien jurídico es típica pero sí debe determinarse de acuerdo con los elementos típicos sobre los cuales tiene un conocimiento material que asocia con el injusto penal. No todas las conductas lesivas a determinado bien jurídico son sancionadas y esto no es lo que debe determinar al autor, sino los elementos que materialmente asocia con una conducta que supone es lesiva; debe recordarse que no se exige en la comisión de los delitos el conocimiento de la antijuricidad del hecho, pero sí una efectiva asociación entre la lesividad y el tipo penal.

Respecto de la evasión de las normas y su contrariedad con la lesión a los bienes jurídicos, se indica: *“El conflicto entre la interpretación de una norma primaria y una secundaria ha encontrado sus cuestionamientos en las diferentes etapas de la teoría del delito. Se entiende que la norma penal primaria no solo prohíbe aquellas acciones que de forma inmediata y directa atacan a un bien jurídico penal, sino también aquellas otras que tienen como objetivo la eliminación de una capacidad relevante para el derecho penal, con la posibilidad de prever que en estado de incapacidad se lesionará un bien jurídico, dicha norma primaria prohíbe, también, en consecuencia las acciones de provocación relevante de una situación de incapacidad de acción”*¹. Si el autor continúa con su actividad de eliminación de la capacidad relevante, estará infringiendo la norma primaria, siempre que se haya representado y su conducta exterior tienda a la lesión al bien jurídico.

Cuando se está ante el problema de reprochar o no determinada conducta evasiva del derecho penal, se debe analizar en qué etapa de la teoría del delito es que se presenta el conflicto jurídico para poder buscar una solución. Se entiende que una norma prohibitiva o imperativa regula la acción humana descrita en el tipo penal; se prevé que es antijurídica y se parte de que se cumple con todas las capacidades y conocimientos necesarios para poder sancionarla. No se debe limitar el estudio a cuestiones meramente gramaticales del tipo penal, sino también a las circunstancias de cómo acontecen los hechos y las condiciones propias del sujeto, con la finalidad de

¹ Ver UJALA JOSHI. *Op.cit.*, p. 379

determinar si efectivamente la acción lesiva encaja dentro de la esfera de protección señalada por la norma especial.

Pero dicho ejercicio mental no bastará para sancionar la conducta, ya se ha hecho referencia a cuáles son las soluciones que el derecho penal propone en cada una de las etapas de la teoría del delito. Sin embargo, en la tipicidad del hecho, las soluciones son más escasas pues pueden atentar contra los fines y principios del derecho penal.

Parte C

El fundamento del criterio de oportunidad como una forma de trasgresión a la norma sustantiva.

El criterio de oportunidad es una figura procesal por medio de la cual el Ministerio Público puede declinar la persecución de un hecho delictivo de acuerdo con determinados parámetros procesales ya definidos, tales como: la insignificancia de los hechos investigados, la mínima participación o la ayuda del imputado en la investigación de un hecho más grave que por el que se le investiga, entre otros.

El criterio de oportunidad resulta contradictorio con lo dispuesto en el artículo primero del código procesal penal, al tratarse el principio de legalidad que obliga a investigar todos los hechos que resulten lesivos para el ordenamiento. Sin embargo, se ha exceptuado por esta figura procesal en particular, en vista de que existen intereses superiores tales como, dedicar mayor atención a intereses públicos más importantes, evitar la saturación del trabajo en los tribunales, dar una salida más rápida a los casos de menos gravedad, favorecer formas de readaptación social sin la necesidad de penas, evitar mayores daños al imputado, restaurar la paz social, entre otros, que dan fundamento a su aplicación.

Respecto a la insignificancia y bagatela, se ha dicho que: *“De acuerdo al principio que señala que el derecho penal es la ultima ratio, el legislador puede excluir del derecho penal o transformar en contravenciones hechos que signifiquen un menoscabo insignificante del bien jurídico o conductas que no*

causen un daño considerable, con escaso contenido ético, como ocurre con los casos de imprudencia insignificante”¹.

El criterio de oportunidad es una figura procesal que pone en la balanza de la justicia, que tan necesaria es la intervención del aparato judicial, frente a conductas en las que no resulta gravemente lesionado el bien jurídico. En ellas existe un aporte mayor a la investigación, cuando se considera que el imputado ha sufrido una pena natural o cuando se declina la investigación en virtud de que el imputado es requerido por delitos más graves en el extranjero. Se trata en sí, de una ponderación de prioridades procesales frente a lo dispuesto por la norma sustantiva.

El criterio de oportunidad regulado por el artículo 21 del Código Procesal Penal Costarricense es un claro ejemplo de la trasgresión a la norma jurídica sustantiva, en aplicación de principios procesales básicos de funcionamiento del Ministerio Público. En este sentido no se señala, lógicamente, que el criterio de oportunidad sea contrario a los principios generales del derecho penal, pues en este caso lo que existe es un ponderación de los mismos, optando por el mejoramiento del proceso penal; aún así, tampoco puede negarse que es una excepción clara al principio de legalidad y que por ende de manera justificada o no, existe un conflicto entre las reglas o normas jurídicas que prevén los tipos penales y los principios en los cuales se sustenta la legalidad criminal.

Aunque el criterio de oportunidad es una figura procesal, tiene grandes incidencias en la norma sustantiva, pues muchas conductas de acuerdo con el grado de lesividad con que se cometan sobre el bien jurídico protegido resultan impunes. No es una figura en fraude de ley, pues el Código Procesal Penal claramente la regula y su incidencia es procesal, pero sirve de ejemplo para aclarar, cómo dentro del mismo ordenamiento se han priorizado temas de mayor interés sobre la normativa penal. Esto, deja un portillo abierto al juzgador quién debe valorar la insignificancia o mínima participación entre los presupuestos ya señalados frente a la realidad nacional y la problemática delictiva que en muchos casos exige la sanción de tales conductas, circunstancia que sí tiene gran relevancia al valorar los hechos y clasificarlos.

¹ ROXIN. Citado por CASTILLO GONZALEZ. “El Bien Jurídico...” p. 73

En el derecho penal se tiene en aplicación el principio de tolerancia, que se compara con el criterio de oportunidad en materia procesal, en el que no se castigan conductas subsumibles en la descripción contenida en una norma penal, pero que lesionan un bien jurídico en grado mínimo. En estos casos no se justifica la prohibición ni su sanción por ser ínfimos.

Es básicamente el mismo conflicto que existe entre las reglas y los principios; en este caso se deja de aplicar la norma porque el fundamento de ésta, el bien jurídico, no ha sido gravemente violentado y el problema obviamente tiene su respuesta dentro del proceso penal.

CAPÍTULO II

EL FRAUDE DE LEY EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE

Sección I

El fraude de ley y su incidencia en algunos principios que rigen el derecho penal costarricense.

Parte A

Principio de Legalidad

En sentido estricto el principio de legalidad significa que la única fuente creadora de delitos y de penas, es la ley. Este principio también se extiende a las causas de agravación y a las medidas de seguridad, en donde también se excluye la analogía y la costumbre, se dice que: *“También se refiere a la sanción total y absoluta de la criminalidad por los respectivos órganos de persecución penal estatal. Éste, lo que pretendía, en su concepción tradicional, era impedir que los funcionarios encargados de la persecución penal poseyeran potestades discrecionales para apreciar la oportunidad o no de*

*iniciar o proseguir el proceso penal, con la finalidad de que el principio de oficiosidad tuviera plena vigencia en el ordenamiento jurídico que se tratara*¹.

El artículo 1º del Código Penal Costarricense señala, refiriéndose al principio de legalidad, que:

*“Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente”*².

Este artículo debe ser interpretado en concordancia con el artículo 18 y 30 del mismo cuerpo normativo, los cuales indican respectivamente:

*“El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlos”*³.

Y: *“Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preteritención”*⁴.

De estos artículos se considera que el tipo penal debe ser claramente descriptivo de la conducta sancionada. Esta, puede ser realizada por una acción u omisión, aunque así no se especifique en el tipo especial. En todos los casos debe valorarse la presencia del elemento subjetivo para su aplicación; éstos son requisitos fundamentales para valorar la comisión de un delito.

Este principio también es una máxima constitucional, pues el artículo 28 de la Constitución Política Costarricense señala:

*“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manipulación 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...”*⁵

Y el artículo 39 de la misma Constitución indica:

¹ GATGENS GOMEZ (Erick) RODRIGUEZ CAMPOS (Alexander). **El principio de Oportunidad**. San José, JURITEXTO, primera edición, 2000. p 35

² **Código Penal**. art. 1

³ **Ibíd.** Art. 18

⁴ **Ibíd.** Art. 30

⁵ **Constitución Política de Costa Rica, 1949**. San José, editorial Antares del Este, primera edición, 2003, p 48. art. 28

“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”¹.

Ambos artículos son un límite al ius puniendi del Estado, de manera que se le exige la seguridad de velar siempre por el debido proceso y sancionar únicamente las conductas ya tipificadas. Es por eso que este principio tiene un carácter constitucional, porque no se puede intervenir en la libertad de las personas arbitrariamente, ni se puede sancionar conductas de manera antojadiza.

El “Principio de Legalidad” cumple dos funciones importantes:

1. **Función Limitadora:** Se resume en la limitación de las fuentes formales creadoras del derecho penal, ya que de ello surgen consecuencias para el dictado de la ley, así como para su aplicación; con ello, se busca reducir al máximo la arbitrariedad.
2. **Función de Garantía:** Se resume en las garantías que el derecho penal le ofrece a todas las personas, como consecuencia directa de la observancia del principio de legalidad. Dicha garantía se concretiza en:
 - a) *La Garantía Criminal*, “Nullum crimen sine lege”: no hay delito sin ley que lo establezca, eso implica varias cosas: no hay delito si la conducta no está previamente tipificada como tal; o sea, la ley previa debe indicar claramente en qué consiste la conducta delictiva. No hay más delito que el que la ley consagra, de manera tal, que por más inmoral y perversa que parezca una conducta, si la ley no la tipifica como delito, el mismo no existe. Los Tribunales carecen de facultades para considerar como delito hechos que la ley penal no describe como tal, de lo contrario se estarían invadiendo funciones. Esta es, quizás, la más importante de las garantías que brinda el principio de legalidad al derecho penal y que tiene gran relevancia al estudiar el fraude de ley, pues el análisis de esta figura y la valoración de una posible

¹ Constitución Política de Costa Rica, 1949. art. 39

sanción de una conducta fraudulenta puede resultar contradictoria con esta protección.

- b) *La Garantía Penal*, “Nulla poena sine lege”: no hay pena sin ley que la establezca, lo cual implica que la ley previa debe indicar claramente la clase de pena que se debe imponer; no pueden imponerse penas indeterminadas en su duración. Los Tribunales no tienen facultades para imponer penas distintas a las señaladas por la ley.
- c) *La Garantía Jurisdiccional*, “Nemo damnetur nisi per legale iudicium”: exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según el procedimiento legalmente establecido.
- d) *La Garantía de Ejecución penal*: Las condiciones y circunstancias de la ejecución penal deben estar previamente establecidas por ley (por lo general desarrolladas por medio de reglamento) y no pueden variarse, si no es través de una autoridad competente; en todo caso, las variaciones nunca podrán afectar derechos fundamentales del recluso¹. En Costa Rica las reglas de ejecución penal para adultos están reguladas por el Código Penal y los reglamentos, no existe una ley dedicada a este tema.

En estricto sentido, cuando se habla del principio de legalidad, se refiere a la mera legalidad, que establece que solo las leyes y no la moral u otras fuentes externas del derecho, señalan lo que es delito.

La estricta legalidad, prohíbe que las leyes penales establezcan elementos sustanciales determinables mediante juicios de valor, como condiciones no solo necesarias, sino también suficientes para configurar el delito. Al respecto: “*La legalidad penal se completa con el llamado principio de reserva, el cual señala que ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”².

Y: “*De ello se infiere que una acción puede ser inmoral, reprochable desde el punto de vista ético y social, pero si la ley penal no la tipifica como*

¹ Ver en igual sentido. MIR PUIG (Santiago). **Derecho penal, parte general**. Buenos Aires, editorial Euro Editores S.R.L., séptima edición, 2004. pp. 115-116

² Ver ZAFFARONI. **Op.cit.**, p. 106

punible no puede imputarse a los ciudadanos; aquí, como en ningún otro sector del ordenamiento tiene honda trascendencia el postulado según el cual lo que no está expresamente prohibido está permitido”¹.

O bien: “El principio de legalidad penal implica que los delitos deben estar tipificados en reglas, no en principios. Es contradictorio que una norma penal prohíba una conducta con la cual se puede causar un daño, si el mismo se produce con la utilización de un poder de ejercicio permitido. Se podría cometer un delito haciendo lo permitido por una norma, lesionando claramente el principio de legalidad”².

El tipo penal no se encarga de describir hasta dónde llegan las potestades de las personas, sino describe conductas que una vez valoradas se consideran lesivas para la sociedad y que requieren de la intervención del aparato judicial en virtud de la gravedad con la que se presentan. Es claro también, en sancionar conductas producto del abuso en las potestades, que en ocasiones, el mismo ordenamiento concede a los ciudadanos; éste es un problema resuelto en la antijuricidad del delito cuando se excede por ejemplo, en la defensa de un bien lesionado. Por lo pronto, basta con decir que lo que no encaja directamente en el tipo penal es permitido y que las condiciones bajo las cuales se puede lesionar un determinado bien jurídico de forma justificada, son limitadas de acuerdo a las circunstancias.

Al referirse al fraude de ley en el derecho penal no se está ante una norma permisiva, sino, por el contrario, prohibitiva o precepticia. Por ello, no resultaría contradictorio con lo expuesto, pues no habría un choque entre preceptos jurídicos, sino violación a uno de ellos y desprotección del bien jurídico de la norma defraudada. Efectivamente, con el principio de legalidad lo que se pretende es que el ordenamiento delimite, de una forma clara y precisa, cuáles son las conductas que deben ser sancionadas y cuáles no, de forma que no exista inseguridad entre los ciudadanos a quienes se dirige la normativa.

El exceso en una permisión como ya se apuntó, es propio del abuso del derecho, la evasión de una prohibición o de un mandato es característico del fraude de ley.

¹Ver VELASQUEZ VELASQUEZ. *Op.cit.*, p. 55

²Ver ATIENZA Y RUIZ MANERO. *Op.cit.*, p. 82

Sin embargo, resulta que no siempre se puede describir con la mayor precisión posible todas las conductas delictivas y como no es viable dejar la valoración de lo que es delito o no a criterio del juzgador, las normas deben ser claramente interpretadas, al basarse en los distintos medios existentes para tal efecto.

Es así como se presentan grandes problemas cuando el tipo penal resulta ambiguo o impreciso, casos que pueden dar paso a un fraude de ley desde la tipicidad del hecho. Se han considerado algunas formas de interpretación para solucionar estos casos; la interpretación extensiva, por ejemplo, entiende que la aplicación del tipo va de la mano con la interpretación en conjunto de todo el ordenamiento. No se trata de desatender lo que señala el tipo en pro del bien jurídico, sino que la sanción debe extraerse del enunciado analizado. Pero, la extensión del tipo a casos no previstos resulta violatoria de los derechos del imputado y contraría el principio de legalidad.

Respecto a este tema se ha dicho: *“Pero también suele ocurrir que el aplicador del derecho penal, que persigue la protección del bien jurídico, no respete el carácter fragmentario del derecho penal y extienda el tipo penal para cubrir comportamientos que no están entre los medios de ataque previstos por el legislador para proteger el bien jurídico. Esto se facilita si el tipo penal no es suficientemente determinado respecto a la conducta que el legislador quiere castigar. Este problema específico no se relaciona realmente con el problema del bien jurídico, sino, del lado del legislador, con la violación del principio de determinación (lex certa) cuando la ley no es lo suficientemente precisa, y del lado del intérprete, con la cuestión de hasta donde llegan sus facultades interpretativas, y si en el caso concreto hay violación a la prohibición de la analogía in malam partem. Ambos son problemas del principio de legalidad”*.¹

Miguel Díaz Y García Conlledo, al referirse a la importancia del tipo penal señala: *“El tipo penal es más que el bien jurídico. En él se contienen una serie de elementos que seleccionan las formas de ataque del bien jurídico o la entidad del mismo y que tiene efectos tan importantes como hacer que una lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico sea típica o no, sea típica conforme a tal delito o a tal otro.”*²

¹ CASTILLO GONZALEZ. “El Bien Jurídico...” p. 74

² Ver DIAZ Y GARCIA CONLLEDO. *Op.cit.*, p. 366

Es decir, este autor lo que señala es que el tipo penal cumple una función primordial en el derecho penal, pues, es el reflejo del carácter fragmentario. El tipo es el que define cuándo una conducta es delito y cuándo no, aún tratándose de lesiones similares al mismo bien jurídico, cual es la garantía primordial del principio de legalidad.

También es conocido que existen tipos penales imprecisos o que utilizan terminología muy general, en los que debe completarse el sentido literal de las palabras por medio de la interpretación judicial. Un ejemplo de la extensión del tipo lo da la jurisprudencia alemana, al equiparar el perjuicio patrimonial con el concepto de daño. Esta posición la critica Díaz Y García Conlledo, al señalar que se está más allá de lo literalmente posible, al ampliar el campo de aplicación del delito de daños y con ello la responsabilidad penal.¹

El problema se presenta en los tipos penales que utilizan términos muy abiertos, como por ejemplo en los tipos penales en blanco. La evasión de la norma por meras cuestiones de literalidad, que no son más que elementos objetivos del tipo, es lo que ha llevado a considerar la existencia del fraude de ley en la tipicidad. Se valora que el hecho es contrario al sentido protector de la norma; estos casos no pueden sancionarse al tomar como justificación la evasión de la norma, pues no encaja en la conducta estricta, descrita por el ordenamiento.

Resulta importante considerar también el principio de plenitud hermenéutica, según el cual el ordenamiento jurídico debe atender responsablemente todos los casos sometidos a su discusión. Se refiere a este principio pues en el derecho penal siempre deberá buscarse una solución satisfactoria cuando resulte lesionado un bien jurídico determinado, aún y cuando se habla de que el ofendido sea el Estado, la administración de justicia, o cualquier otro y no un individuo en la posición de víctima directamente. Señala el artículo 41 de la Constitución Política Costarricense:

“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”².

¹ Ver en igual sentido. DIAZ Y GARCIA CONLLEDO. **Op.cit.**, p. 369

² **Constitución Política de Costa Rica** art. 41

El artículo 7 del Código Procesal Penal señala:

“Los tribunales deberá resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas”¹.

Estos principios procesales de justicia pronta y cumplida y solución del conflicto, obligan a la doctrina a analizar los casos de fraude de ley como un problema existente en el derecho penal sustantivo y así determinar cuáles son las soluciones dadas para cada caso a la luz de la normativa penal. Esto no quiere decir que en todos los asuntos de evasión de la norma deba de existir una persona condenada por los hechos que se investigan, pero sí ofrecer al ciudadano la garantía de protección de sus derechos y la posibilidad de acudir a los tribunales cuando resulte afectado, producto de una acción delictiva. De esto se trata, de resolver los casos cometidos en fraude de ley, de manera que se ofrezca una respuesta efectiva a la víctima frente a la lesión que sufrió, respecto de los principios generales del derecho penal.

Este es el fin del derecho penal, he aquí el porque de su eficacia y celeridad que no pueden ceder ante la manipulación normativa, lo importante es replantear el propósito con el que se formuló la norma y sancionar la conducta, de manera que no se vulnere el principio de legalidad o efectivamente calificarla como lícita; lo que se busca es ir más allá en el estudio y brindar una respuesta normativa de estos casos.

Parte B

Carácter fragmentario del derecho penal.

Cuando se hace referencia al carácter fragmentario, se dice que el derecho penal se limita a sancionar las conductas más graves contra los bienes jurídicos más importantes y de esta forma resulta restrictivo al tipificar las acciones punibles.

De tal manera que el derecho penal solo protege el bien jurídico respecto a determinados modos de ataque o determinadas intenciones,

¹ **Código Procesal Penal.** Ley N° 7594 del 10 de abril de 1996. Librería Investigación Jurídicas S.A. Preparado por Ulises Zúñiga Morales, 2005. art. 7

tendencias o formas de carácter del autor, ante ciertos casos; no los protege en su plenitud contra cualquier ataque de terceros. En razón de ello, es que resulta de suma importancia atender a la tipicidad del hecho, pues no se puede sancionar una conducta que lesione determinado bien jurídico, si dicha lesión no es típica aunque existan otras que sí lo sean respecto al mismo bien protegido.

En este sentido: *“Se trata de una exigencia de economía coherente con la lógica del Estado Social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho Penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible. Entra en juego también el llamado principio de subsidiariedad, según el cual el Derecho Penal debe ser la última ratio. El llamado carácter fragmentario del Derecho Penal constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima”¹.*

Se han señalado tres características propias del carácter fragmentario del Derecho Penal:

- ✓ La primera se refiere a que solo defiende el bien jurídico contra ataques de especial gravedad. Por ello, siempre debe atenderse al grado de lesividad o a la efectiva lesividad.
- ✓ Segundo, que sólo eleva al rango de conductas mandadas o prohibidas una parte de las que los demás sectores del ordenamiento jurídico considera antijurídicas, es decir mantiene su función de mínima intervención y última ratio.
- ✓ Por último, deja sin castigo acciones que solo sean inmorales como el homosexualismo, el adulterio, la mentira y otras.²

Se considera, además, que el Derecho Penal en muchas ocasiones responde a clasificaciones clasistas de las conductas por sancionar y que incluso responde a intereses políticos. Por ello, no siempre se cumple la función de proteger los bienes jurídicos ante los peligros más graves. Existen delitos de mucha trascendencia, como los llamados delitos de cuello blanco,

¹ MIR PUIG (Santiago). **Introducción a las bases de derecho penal**. Barcelona, editorial Bosch S.A., primera edición. p 126-127

² Ver en igual sentido. VELASQUEZ VELASQUEZ. **Op.cit.**, p. 58

que en su gran mayoría no son sancionados. El carácter fragmentario del derecho penal responde a políticas de marginación sobre la política criminal, atribuibles exclusivamente al legislador y de las cuales el desarrollo del derecho va a partir para su aplicación. No es nuestro interés cuestionar la función de este principio, pero sí valorar que gracias a éste, se justifica la intervención del aparato judicial en determinados casos.

Uno de los mayores límites al derecho público nos lo da la Constitución Política en su artículo 28:

“...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...”¹

Lo anterior quiere decir que también existen intereses sociales como la moral, las buenas costumbres, que son solo sancionados en la medida en que afectan al conglomerado social, no por ser calificadas como impropias. Es decir, la característica principal del carácter fragmentario del derecho penal, está referida por la mínima intervención y sanción de hechos lesivos de intereses generales o de bienes jurídicos específicos, en la medida en que así se requiera y no de manera generalizada.

El carácter fragmentario funciona como regulador, ante la posibilidad que existe de que ciertos conflictos sean resueltos en otras sedes distintas a la penal. Su función selectiva es respecto a la lesión relevante sufrida por determinado bien jurídico y ante la respuesta efectiva que pueda dar el derecho penal en defecto de otras materias.

Parte C

Restricción a la interpretación analógica.

La interpretación analógica está prohibida en el derecho penal costarricense, así el artículo 2 del Código Penal señala expresamente que:

“No podrá imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal”²

¹ Constitución Política. Art. 28

² Código Penal. Art. 2

Velásquez Velásquez se refiere a este principio al indicar que: “Este es un principio que parte del principio de legalidad. Lo normal en el ámbito penal, como en las demás parcelas del ordenamiento jurídico, es la previsión legal de todos los casos que el juzgador debe decidir, no obstante, en algunos eventos la norma aplicable no existe por presentarse “lagunas” o “vacíos” legales. No es posible llenar la ausencia de disposición legal acudiendo a normas semejantes, pues de esta manera podría lesionarse la seguridad jurídica de los ciudadanos”.¹

En ese sentido: “...el dispensador de justicia no puede decidir un caso no contemplado en la ley argumentando con el espíritu latente de ésta, o partiendo de la semejanza entre las hipótesis planteadas y las que la ley penal ha definido o enunciado en su texto; incluso en los casos más extremos tampoco puede acudir a los fundamentos del orden jurídico en su conjunto”.²

El derecho penal debe atender a la interpretación restrictiva de la norma al valorar el principio de taxatividad legal e interpretativa. Este último se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem*.

Díaz Y García Conlledo manifiesta que la interpretación extensiva del tipo es contraria al principio de legalidad y que los tipos penales vagos o abiertos en literalidad deben ser declarados inconstitucionales, aunque él reconoce que esta es una posición muy extremista pero más garantista, con la cual prefiere simpatizarse³.

Al valorar las posibles consecuencias al fraude de ley se estudió que en algunos ordenamientos jurídicos se ha cuestionado la interpretación de la norma de forma extensiva, tal práctica es incidir en analogía.

Algunos autores, como se verá a continuación, se manifiestan conformes con la prohibición de aplicar la interpretación analógica, pero recurren a la interpretación extensiva como forma de sancionar hechos que no están expresamente tipificados. El problema con esta solución radica en que aplicar la interpretación extensiva atenta contra el principio de legalidad criminal, con el de interpretación restrictiva, *lex certa* e incluso con el carácter fragmentario del derecho penal, pues su aplicación es muy semejante a la analógica.

¹ Ver VELASQUEZ VELASQUEZ. *Op.cit.*, pp. 288-289

² JIMENEZ DE ASUA. *Citado por. Ibidem.*

³ Ver en igual sentido. DIAZ Y GARCIA CONLLEDO. *Op.cit.*, pp. 369-370

Germán Cisneros Farías dice, al referirse al derecho penal Mexicano y, sobre la interpretación extensiva que él llama lógica, lo siguiente: *“La interpretación lógica, ahora prohibida en materia penal, se refiere a la interpretación extensiva de la ratio por identidad, por semejanza y aun por mayoría de razón, es decir, las razones no expresadas en la ley penal para argumentar una imposición o pena, por parte del juzgador, están prohibidas en materia penal con rango constitucional”*.¹

Sin embargo, autores como Norberto Bobbio² y Luís Díaz Picazzo³, al diferenciar la analogía de la interpretación extensiva, señalan que la interpretación extensiva no es contraria al ordenamiento jurídico penal, cuando de llenar lagunas normativas se trata.

Zaffaroni dice: *“Solo en casos muy excepcionales la regla general de la interpretación semánticamente más restrictiva de criminalización cede ante otras más amplias, esto es, cuando el sentido restricto provoca una consecuencia ridícula o absurda, que la literal más amplia evita (la cosa mueble debe ser entendida en sentido corriente y no civil, porque esto llevaría a dejar impune el hurto de inmuebles por accesión o representación)”*.⁴

Para estos casos es que se ha utilizado referir al sentido material del tipo penal, de manera que al referirse a bienes, por ejemplo, se entiendan todos los bienes reconocidos y valorados de acuerdo con la “esfera paralela del profano” o la valoración del hombre promedio.

Lo importante en los tipos penales es que no pueden existir lagunas jurídicas, ni haber tipos penales abiertos que dependan de la discreción del juzgador, para lesionar la libertad del hombre en pro de la sanción de conductas que no han sido claramente tipificadas; de ahí la máxima de que éste puede realizar todo aquello que no esté prohibido. El juez debe contar con normas precisas; es prohibido recurrir a principios totalmente abiertos como la equidad y asumir la función del legislador. Aún así es claro que existen tipos penales que no son del todo precisos y hace falta valorar su contenido para

¹ CISNEROS FARIAS (Germán). **La Interpretación de la Ley**. México, editorial Trillas, tercera edición, 2004, p 128

² Ver en igual sentido. BOBBIO. **Op.cit.**, p. 236

³ Ver en igual sentido. DIEZ PICAZO (Luís). **Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho**. Madrid, editorial Ariel, primera edición, 1975. Pp. 281-286

⁴Ver ZAFFARONI. **Op.cit.**, p 112

poder interpretar su alcance; éstos vacíos literales también son lagunas pero deben ser resueltos por los medios interpretativos permitidos.

Sobre el particular: *“Existen dos tipos de lagunas en el ordenamiento jurídico, las propias y las impropias, la propia es una laguna del sistema, la impropia se deriva de comparar el sistema real con un sistema ideal. En un sistema en el que todo caso no regulado queda comprendido en la norma general exclusiva (como en el derecho penal, que no admite extensión analógica) no puede haber sino lagunas impropias”*.¹

Las lagunas impropias se presentan cuando el hecho investigado resulta atípico y se evidencia el vacío jurídico en el propio ordenamiento que ha sido impreciso u omiso. Puede ser incluso que el tipo penal no presente ambigüedades o lagunas propiamente, pero que el sujeto activo del fraude excluya algún elemento requerido por éste, para considerar los hechos como típicos, éste no es un problema del tipo propiamente, es un vacío o evasión de la norma que tampoco puede solucionarse a través de la analogía sino por medio de las teorías de la causalidad.

Respecto de las lagunas como tales y los motivos que las originan: *“...se distinguen en subjetivas y objetivas. Subjetivas los casos atribuibles al legislador, objetivas las que dependen del desarrollo de las relaciones sociales, de las nuevas invenciones, del envejecimiento del ordenamiento. Las subjetivas pueden ser voluntarias e involuntarias. Voluntarias cuando el legislador deja a propósito determinada materia por resultar muy compleja y no puede ser regulada con reglas demasiado minuciosas, y es mejor confiarla a la interpretación, en cada caso del juez”*.²

También se habla de lagunas *intra legem* cuando las reglas expresas por ser demasiado particulares no comprenden todos los casos que puedan presentarse dentro de esa particularidad. En estos casos la integración consiste en formular nuevas reglas al lado de las expresas, pero tal supuesto también sería extender la norma.

La analogía es llamada por algunos autores integración analógica, distinguiéndose de la interpretación analógica, en tanto hay otros autores que consideran la integración como una forma de interpretación. *“Mayer planteó*

¹ Ver BOBBIO. *Op. cit.*, p. 228

² *Ibíd.* p. 229

con mayor claridad la admisión de la analogía intra legem, con rechazo de la praeter legem y de la contra legem”¹.

La analogía intra legem hace referencia a la analogía de entre normas, pero cualquier clase de analogía resulta contraria al derecho penal costarricense, tanto si es entre las reglas o normas, como si se aplicase acudiendo a los principios generales de la materia.

Ahora bien, también se ha expuesto que: *“Más allá de esta discusión lo que es menester apuntar es que nadie pretende excluir la analogía como forma o recurso de pensamiento. Cuando se aplica un principio a cierto grupo de casos, de no haber una disposición legal o razón válida que diga lo contrario, no media razón para abstenerse de aplicarlo a otro que se halle en una relación esencial con éste. De no aplicarse la analogía en la lógica jurídica, la construcción jurídica sería prácticamente irrealizable, porque el pensamiento acude ineludiblemente a la analogía, dado que la comparación es indispensable para el razonamiento”².*

La analogía, como sistema de interpretación, está siempre presente en el pensamiento del juzgador; pero, más como un sistema de interpretación, pareciera que se refiere a la asimilación de los hechos, como parte del tipo penal y como subsunción al mismo. El estudio de los hechos como típicos depende de la interpretación que se le dé la norma, puede decirse que existe analogía entre el caso real y el descrito por el tipo, pero es mejor referirse a correspondencia, pues la analogía se aplica a casos que comparten características aisladas pero que no son congruentes.

Interpretación intra legem, integración e interpretación extensiva, parecen ser sinónimos; estos conceptos se refieren a la interpretación de los términos utilizados por el tipo penal de acuerdo con el sentido literal de la norma, a su fundamento principalmente.

Castán sostiene que *“la interpretación extensiva se desenvuelve en torno a una disposición de la ley para comprender en ella casos que no se encuentran expresados en su letra pero que virtualmente se encuentran*

¹ MAYER. Citado por ZAFFARONI. Op.cit., p. 111

² SALGADO MARTINS (José). Citado por. Ibíd. p. 112.

*incluidos en el espíritu, mientras que la analogía opera sobre casos que no pueden resolver con una disposición precisa”.*¹

Fernando Velásquez explica estas formas de interpretación con conceptos diferentes, así señala: *“La interpretación analógica es un recurso empleado por la ley para fijar el alcance de las normas desde el ángulo sistemático, en virtud del cual cuando se presentare un texto legal de significado dudoso se le otorga el mismo alcance atribuido a otra ley cuyo contenido ha sido interpretado y esclarecido, sobre todo si versan sobre idéntica materia. El caso pues, ha sido previsto pero utilizando una terminología imprecisa, que es necesario interpretar para desentrañar su alcance y contenido. La interpretación extensiva, en cambio supone la existencia de una laguna aparente de la ley, pues el caso en examen cabe dentro de la hipótesis abstracta prevista por el legislador, aunque al texto legal se da un significado más amplio del que en apariencia encierra. Por su parte la analogía supone la existencia de una laguna real. Así las cosas en el derecho penal no están permitidas la analogía ni la interpretación extensiva, pero sí es lícita la llamada interpretación analógica, que constituye un mecanismo de frecuente utilización”*².

Se extrae de tales definiciones que la interpretación extensiva, como Fernando Velásquez la llama, trata de brindarle a la norma un sentido más amplio del que realmente tiene y la analogía supone una laguna total del ordenamiento. Al referirse a la interpretación analógica habla del alcance sistemático de la norma y del esclarecimiento de la misma, tal y como otros autores definen la interpretación extensiva. Los fundamentos son los mismos pero llamados de distinta forma.

Se entienden las dos formas de interpretación de la siguiente manera. Cuando se habla de interpretación analógica se refiere a la sanción de casos no previstos por el ordenamiento en los que se resuelve, al acudir a una norma sustantiva totalmente ajena, mientras que la interpretación extensiva trata de extender el sentido de las palabras para sancionar casos que comparten características similares con el tipo penal, tales como la lesión al mismo bien jurídico. Lo importante a valorar es que el Código Penal y el Proceso Penal

¹Ver DIEZ PICAZO. *Op.cit.*, p.282

²Ver VELASQUEZ VELASQUEZ. *Op.cit.*, pp. 289-290

Costarricense exigen la interpretación restrictiva de la norma penal. Está totalmente claro que la interpretación analógica se encuentra prohibida, pero la aplicación de la interpretación extensiva se ha discutido por algunos autores, que, como se ha visto, la aceptan. La interpretación extensiva, vista desde la óptica de sus congraciantes, no resulta tampoco aplicable al derecho penal costarricense, un ordenamiento que pretende ser más garantista y respetuoso de los derechos de los ciudadanos, en el que las formas arbitrarias de intervención son evitadas al máximo.

Santiago Mir Puig nos dice: *“la interpretación es lícita aunque resulte extensiva de delitos o penas-salvo que se aparte de los modelos de interpretación aceptados o de las pautas valorativas constitucionales. Con salvedad, la interpretación extensiva no sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley penal, porque toda interpretación admisible se mueve dentro de este límite (el sentido literal posible). En cambio cuando la analogía traspasa esta frontera no será admisible si perjudica al reo”*.¹

Este autor también se pronuncia a favor de la interpretación extensiva, pero no brinda ninguna pauta por seguir para determinar cuándo la analogía, como él la llama, traspasa la frontera de lo admisible. Se ha visto que interpretación extensiva y analógica son muy similares y resulta muy riesgoso ponderar su aplicación en unos casos y en otros no. El derecho penal debe ser siempre respetuoso de la norma y aún más de la libertad de los imputados.

Norberto Bobbio expone que: *“Se afirma comúnmente que cuando la analogía está prohibida, como según el artículo 14 de las disposiciones preliminares del C.C. italiano, en las leyes penales y en las leyes excepcionales, la interpretación extensiva es lícita...Cuando la extensión analógica no está admitida, funciona inmediatamente, en caso de silentium legis, la norma general exclusiva. No hay zona intermedia entre el caso particular expresamente regulado y los casos no regulados”*.²

Bobbio hace referencia a que la interpretación extensiva se aplica en defecto de la analogía, pero dicho argumento deja un gran vacío al tratar de aplicarlo al derecho penal, donde la interpretación no es un simple mecanismo

¹MIR PUIG. *“Derecho Penal...”*. pp. 124-125

² Ver BOBBIO. *Op. cit.*, p.237

de aplicación de la norma, sino que debe corresponder con los fines de la materia y las garantías que se tratan de proteger.

Existen casos en que los mismos tipos penales utilizan cláusulas de analogía cuando usan expresiones como “otra utilidad”, “similares” etc. De manera que la analogía no es un mecanismo de interpretación totalmente ajeno al derecho penal, tal y como lo hacía ver Zaffaroni.

También existen excepciones a la restricción de la analogía previstas por el mismo ordenamiento jurídico penal; así se tienen los casos en que se aplica, por favorecer al reo.

No se pretende la creación de institutos jurídicos nuevos para la sanción de una actuación en fraude de ley, analizada como exclusión de un elemento objetivo del tipo penal, si efectivamente se lesiona el bien jurídico ya protegido y si el fraude se presenta sobre la interpretación que se le debe dar a algún elemento descriptivo o normativo del tipo penal. Esto sería caer en la analogía que es lo que no se quiere, para tales efectos, el hecho debe ser calificado como atípico, pues si el fraude se presenta en otras etapas de la teoría del delito ya no habrá irrespeto al principio que prohíbe la analogía en el derecho penal sino que las soluciones son distintas.

La interpretación analógica se presenta cuando se recurre a los principios generales del derecho y se crea un nuevo instituto. Es una interpretación analógica y no extensiva. La extensiva se refiere al espíritu y sentido de la norma en particular. La primera es aplicable en el derecho civil, la segunda en el penal comparado, que para algunos autores resulta lícita como se acaba de ver.

Los principios generales del derecho son referencias generales de las cuales parte el ordenamiento, tales como la justicia, la seguridad social, entre otros. Diferente cuando se hace referencia a un bien jurídico determinado, pues este es un derecho en particular que solo va a servir para fundamentar la sanción de una conducta lesiva al mismo, no del ordenamiento como un todo, como si lo hacen los principios generales del derecho. Es por eso que no se puede comparar ambos, no se puede decir que el fundamento de la norma penal, el bien jurídico, es un principio del derecho, porque éste solo sirve de fundamento a dicha norma en particular. No se está recurriendo a la analogía al interpretar un tipo penal de acuerdo con su espíritu, bien jurídico. Éste, siempre

va estar vigente detrás de la norma y sólo es aplicable a casos en los que vulnera su protección, pero dicha interpretación no puede sobrepasar el sentido literal del precepto legal.

El derecho penal no es un silogismo, no se trata de aplicar determinado medicamento a cierta enfermedad solamente por que las ciencias naturales así lo prescriben; en todos los casos se requiere determinada valoración del juzgador para valorar la tipicidad o no del hecho. En razón de lo anterior y de todo el sistema sancionador, es que existen varias instancias en el derecho procesal, a las cuales se puede acceder por los diferentes medios de impugnación, con el fin de someter a criterios distintos los pronunciamientos jurisdiccionales, pues el derecho siempre se presta a interpretaciones.

Es posible destacar que muchas veces las normas no van a la altura de los delitos, tal y como se explicó al analizar los tipos de lagunas existentes. Mucha de la delincuencia actual se encuentra impune por la insuficiencia del ordenamiento jurídico penal. No se trata de interpretar el derecho penal sustantivo al antojo de los juzgadores con tal de brindar una solución rápida a los nuevos delitos, pero tampoco se puede omitir que muchas veces se cometen acciones que infringen una norma y resultan impunes por meras ambigüedades del tipo penal; pero, tales hechos no pueden ser sancionados por encima de la seguridad jurídica del derecho y de las formas de interpretación legales.

Anteriormente se indicó que sancionar una conducta, atendiendo solo a la lesividad del bien jurídico, era un absurdo, pues el tipo penal siempre debe ser congruente con la conducta sancionada en virtud de los principios estudiados, legalidad, carácter fragmentario, seguridad jurídica, última ratio. En los casos en los que el sentido material del elemento objetivo del tipo es evidente o se extrae de la concepción natural de acuerdo con la “valoración paralela en la esfera del profano”, podría decirse que se recurre a una interpretación extensiva para calificar dicha conducta como típica. No puede decirse que se trate de una interpretación declarativa, pues no se trata de definir, por ejemplo, el concepto de daños de acuerdo con los diccionarios más actualizados, con el fin de ampliar el concepto, sino de que el concepto de daños materialmente y de acuerdo con una valoración prudente podría considerarse como perjuicio patrimonial. Otro ejemplo: cuando alguien rompe

un billete o un cheque ajeno, a sabiendas de que estos documentos son concebidos como títulos valores de circulación comercial y no como bienes estrictamente. Esto es interpretación extensiva, prohibida en el derecho penal costarricense.

Ahora bien, el tema de la interpretación extensiva también tiene gran relevancia al estudiar el Fraude de Ley como tipo penal, tal y como lo hace ver la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Y es que, al tratarse de un tipo penal abierto, cuyos elementos normativos deben ser interpretados por el derecho administrativo; la extensión de estos o la indebida interpretación de los mismos deben ser restringidas por incidir directamente en un tipo penal.

Similares discusiones se han mantenido en España por tipos penales que sancionan el fraude en otras materias y la regulación que debe hacer la Unión Europea al respecto. Así, el profesor Joachim Vogel señala que no existe ninguna obligación para aplicar la interpretación restrictiva en estos casos: *"...no obstante, el problema del principio "nullum crimen sine lege" se presenta con toda su agudeza en el campo del tipo legal. Pero aquí hay que reflexionar primeramente, sobre si las operaciones en fraude de ley y ficticias en todo caso pueden ser comprendidas penalmente sin mayores inconvenientes, aún cuando pueden ser entendidas a través de una permitida interpretación extensiva y teleológica. No existe principio alguno, según el cual en el derecho penal se debe necesariamente interpretar de manera restrictiva (o incluso también de manera más restrictiva que en otras áreas del derecho). Como se ha dicho, los límites entre la interpretación permisible extensiva y la analogía inadmisibles se trazan a través del "sentido literal todavía posible". Aquí hay que tener presente que ese "posible sentido literal" no se orienta siempre al significado coloquial, sino que, más bien, hay también un predominante sentido literal orientado a lo jurídico. De ahí que no existan, en particular, mayores dificultades, para comprender penalmente las operaciones ficticias. Si un tipo penal se remite a negocios civiles como, por ejemplo, comisiones, una comisión efectuada solo ficticiamente, que es civilmente ineficaz, puede, sin más, no ser considerada a efectos penales, como una comisión. Claro que, a la inversa, este componente jurídico del sentido literal, puede también conducir a*

*la imposibilidad de una solución del problema del fraude de ley mediante la interpretación”.*¹

Señala dicho autor que atender al sentido literal del tipo resulta en la imposibilidad de sancionar algunos casos de fraude; se refiere al fraude de subvenciones que otorga la Unión Europea a las exportaciones, pero, acudir a la interpretación extensiva para complementar un tipo penal en nuestro ordenamiento, es prohibido.

Se concluye que la interpretación extensiva hace referencia al sentido por el que el legislador decidió formular una determinada sanción respecto a conductas que escapan a la literalidad del tipo. Acudir a este modo de interpretación resulta violatorio de los principios y garantías constitucionales, brindadas al imputado dentro del proceso penal costarricense, tal y como acontece con la interpretación analógica. El tipo penal siempre se presta a interpretaciones, pero éstas deben ser debidamente razonadas de manera que no se extienda a casos absurdos, pues ambos extremos resultan lesivos. Acudir al sentido estricto de las palabras, limitaría la función sancionadora del derecho penal y ampliarlo lesiona la libertad de los individuos. Algunos ordenamientos jurídicos consideran su aplicación, pero es importante señalar que el derecho penal costarricense se aplica a partir de su carácter fragmentario lo que prohíbe extender sus alcances. Se supone que las conductas, valoradas con mayor lesividad, son las únicas sancionables y esto solo se puede saber atendiendo al sentido estricto del tipo penal; dicha función se puede cumplir con otros medios de interpretación como la declarativa o semántica que no son prohibidas.

¹ VOGEL (Joachim). Fraude de Ley, Abuso de Derecho y Negocio Ficticio en el Derecho Penal Europeo. **Estudios de Derecho Penal Económico**. Cuenca, Estudios de la Universidad de Castilla-La Mancha, estudios 18, 1994, p. 323

Sección II

El Fraude de ley, su sanción en la antijuricidad y la culpabilidad del delito.

Parte A

Fraude de ley en la antijuricidad y en la culpabilidad.

El problema del fraude de ley en la antijuricidad y en la culpabilidad, tiene distintas formas de ser tratado, máxime que las soluciones en estos casos son muy particulares, propias de cada etapa de la teoría del delito. Es así como resulta importante estudiarlos de forma independiente y dejar un capítulo de manera exclusiva al tratamiento de esta figura, en la tipicidad del delito donde hasta ahora ha encontrado mayor dificultad.

Se sabe que fraude de ley se refiere a la manipulación o evasión que se realiza con la normativa, de manera que la acción realizada resulta lesiva y aparentemente lícita. En la tipicidad del hecho se habla de la exclusión de un elemento objetivo requerido por el tipo penal, para que la conducta resultare atípica. En la antijuricidad del hecho, de la presencia de una causa de justificación ficticia, de forma que la conducta realmente antijurídica es excluida por resultar falsamente justificada. En la culpabilidad, cuando se está ante una causa de exculpación, y no se le puede exigir al individuo actuar de otra manera, al creer que efectivamente la situación provocada así se lo exigía. El fraude de ley, también se presenta en la culpabilidad del delito, cuando se trata de excluir alguna capacidad requerida para que éste sea reprochable, así sea la capacidad entendida como conciencia o la capacidad de actuar.

La exclusión pretende evadir algún elemento requerido por el delito para atribuir las consecuencias penales que puede acarrear el hecho. En la antijuricidad se encuentra asociada con la creación de supuestos de hecho que justifiquen el reclamo de una causa de justificación. En la culpabilidad también existe esta provocación cuando se alega falsamente, el haber actuado bajo una causa de exculpación, o cuando el sujeto provoca los estados de inconciencia o inacción bajo los cuales lesiona un bien jurídico.

Hablar también en la culpabilidad de la posibilidad de excluir el conocimiento de la prohibición de un hecho es un poco difícil. Esto conecta

directamente con la existencia de un error de prohibición existente, cuando el individuo cree que su conducta no es penada o cree que lo que realiza no es delito; es decir, ¿es realmente posible la provocación de un error de prohibición sea directo o indirecto?

Para responder a tal interrogante debe valorarse la naturaleza misma del error, para considerar que éste tiene como base el desconocimiento total de los hechos o una falsa representación de los mismos, y que su exclusión parte de la previsión y el manejo total de la situación, lo que no supone un error en sí.

El error consiste en la falsa creencia de que lo que se hace no está sujeto a pena; dicha condición no puede ser excluida, es decir o se incurre en el error y se determina su existencia real o no existe. Prever el desconocimiento de la penalidad de un hecho, incide en la vencibilidad del error, lo que supone su sanción. Así el artículo 35 del Código Penal señala:

“...si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada...”

Anteriormente se expuso el siguiente ejemplo brindado por la doctrina: *“A decide ir de cacería. Antes de ir omite-dolosa o imprudentemente-averiguar a que animales está prohibido matar. Una vez en el bosque y dispuesto ya para cazar, le es imposible informarse de que su actividad está prohibida. A caza a un leopardo pensando que ello le estaba permitido (error invencible). Puede suceder también que en aquél momento pueda A informarse, pero no lo logra (error vencible)”¹*

En ambos casos el error es vencible pues antes de partir a cazar “A” tenía la posibilidad de conocer e informarse sobre la actividad que iba a realizar. Claro está, que en cada caso en particular, dicha vencibilidad debe ser apreciada de acuerdo con el potencial conocimiento del individuo y su actualidad. No parece lógico que apreciando la provocación de un error de prohibición, se vaya a considerar que el mismo es invencible. Estos casos solo aplican en los supuestos en los que el error se debe a un desconocimiento doloso, pues si el hecho se da por una imprudencia del sujeto, al no informarse adecuadamente, debe valorarse como un error mismo y entonces entrar a

¹ Ver UJALA JOSHI. *Op. cit.*, p 88

cuestionarse la vencibilidad o no del hecho, pero nunca partiendo de la premisa de que existe una provocación dolosa¹.

El Fraude de Ley en cualquier etapa de la teoría del delito se analiza a partir de supuestos de hecho reales. Importante para el análisis en la culpabilidad y en la antijuricidad del delito, indicar que alegar la falsa actuación bajo alguna causa de justificación o exculpación, o el haber incurrido en error, no es un problema del derecho sustantivo, sino procesal, donde la dificultad es probatoria. Si efectivamente existe el error es un problema solucionado por el Fraude de Ley pero una vez que éste ha sido probado.

Otro punto trascendental por valorar, es que la provocación de una causa de justificación o de exculpación en nada viene a variar si se presenta de manera culposa o dolosa. Es importante señalar que en estos casos no se está ante los supuestos en los que la lesión al bien jurídico se presenta en un momento en que el hecho no puede ser reprochado aún, tal y como ocurre en la *actio libera in causa*; para tales efectos debe valorarse la antijuricidad de la acción provocada que es la que lleva al resultado lesivo.

Al respecto Diego Manuel Luzón Peña refiere: *“...si anteriormente el propio sujeto ha provocado injustificadamente y dolosa o imprudentemente la situación de justificación y la subsiguiente acción típica, entonces, debido a su creación antijurídica de una situación de colisión en la que jurídicamente se tiene que tolerar el sacrificio de bienes jurídicos dignos de protección, ha de responder por la realización antijurídica dolosa o imprudente del hecho (esto último en caso de que sea punible la modalidad comitativa imprudente). Así, pues se sustituye la falta de antijuricidad de la última acción por la antijuricidad de la conducta anterior provocada por aquélla, y se imputa esa actividad posterior en si misma no prohibida y, en su caso, su resultado a la primera acción.”*²

Los casos en los que la persona no tiene el conocimiento de que actúa amparado bajo una de causa de justificación y en este entendido realiza la agresión defensiva con la intención de lesionar y no de defenderse o los hechos mediante los cuales el individuo, por medio de una acción culposa, se

¹ Ver en igual sentido. MIR PUIG (Santiago), ÁLAMO (Alonso). **Citados por** UJALA JOSHI (Jubert). **Op.cit.**, p. 74

² LUZON PEÑA (Diego Manuel). “Actio Ilícita in Causa” y provocación en las causas de justificación. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Tomo 47, Fascículo 3, septiembre-diciembre de 1994, pp. 61-62

defiende, son valorados de acuerdo con la presencia del disvalor de la acción y no del disvalor del resultado; por ello, tales hechos siempre se ven justificados.

Así Roxin, Jungclaussen y Francisco Castillo, comparten el criterio de que: *“...en tales casos la realización del tipo culposo es objetivamente permitido, por lo que falta el disvalor del resultado. Solamente queda el disvalor de la acción; es decir una tentativa culposa, que no es punible...”*¹

Jescheck aclara que en los delitos de resultado, la conducta es permitida por estar objetivamente permitido el resultado y en los delitos culposos de mera actividad por no ser punible la tentativa; por ello, no se puede valorar únicamente el disvalor de la acción².

Este tema se encuentra estrechamente relacionado con la existencia de las causas de justificación en acciones culposas. Éste es un tema bastante discutido por la doctrina, pero que no puede ser examinado con más detalle en la presente investigación, por mantener los objetivos de la misma. Es importante apuntar que se comparte el criterio de aplicar las causas de justificación en los hechos culposos, al atender a la misma argumentación del disvalor del resultado, siempre que exista la falta al deber de cuidado. Lo anterior, en razón de que muchos de los ejemplos dados por la doctrina se refieren a acciones dolosas en las que opera un error y en estos casos es a través de dicha teoría que debe resolverse el hecho valorado³.

Hablar de la provocación de los supuestos de hecho que fundamentan una causa de justificación, excluye la posibilidad de que el provocador no se dé cuenta de que efectivamente actúa bajo una de estas causales, pues, es él quien tiene pleno conocimiento de los hechos; se parte de que la agresión recibida es producto de la provocación misma, por lo que alegar desconocimiento en este sentido es ilógico.

Se cuestiona la posibilidad de que de manera culposa se provoque la agresión y que la supuesta defensa y la lesión, respecto a la agresión recibida, sea culposa también. En este mismo sentido, al rechazar la posibilidad de aplicar las causas de justificación en delitos culposos y rechazar la provocación

¹ Ver en igual sentido JUNGCLAUSSE y ROXIN. **Citado por.** CASTILLO GONZALEZ (Francisco). **La legítima defensa.** San José, editorial Jurídica Continental, primera edición, 2004. p.212

² Ver en igual sentido JESCHECK. **Citado por.** *Ibíd.* p 211

³ **Cf. *Ibíd.*** p. 212

de una de estas, de manera culposa y un actuar culposo, respecto al resultado, se ha pronunciado parte de la doctrina. Así, Ujala Joshi dice que: *“En efecto una posición que fundamente el castigo en la acción precedente, pero que, a la vez, quiera ser respetuosa de los principios básicos del derecho penal, deberá buscar en la provocación todos los elementos necesarios de la imputación penal. De no ser así habría que renunciar al castigo”*.¹

Lo que sucede es que quien provoca un estado de necesidad, por ejemplo, de manera culposa, no puede alegar que la lesión causada por su defensa está justificada, pues dicha defensa es dolosa, y la acción precedente excluye la aplicación de la causa de justificación.

No es posible hablar de los casos hipotéticos en los que se presente una provocación culposa y una defensa también culposa o bajo error. Estos hechos son resueltos por la acción última defensiva, es lo mismo que sucede con la aplicación de las causas de justificación en acciones culposas. Que son aplicables de acuerdo al disvalor del resultado.

El tema varía dependiendo de la causa de justificación de la que se hable y de la exclusión del elemento del tipo que se pretende hacer. A continuación se verán con más detalle las soluciones propuestas, en cada caso.

Parte B

Actio Ilícita in Causa y el principio de equiparación.

Cuando la exclusión del elemento requerido para la comisión del delito se presenta por la aplicación de una causa de justificación ficticia, pues los supuestos de hecho en los que se fundamenta han sido provocados; el derecho penal recurre al llamado principio de equiparación, mediante el cual se excluye la aplicación de tal justificación, en virtud de que no existe realmente una defensa de los bienes jurídicos ante la agresión o el peligro soportado, pues éste ha sido buscado y provocado².

A estos casos se les ha conocido doctrinalmente como *“actio ilícita in causa”*; porque la acción es ilícita en su causa. Por tanto, excluye la

¹ Ver UJALA JOSHI. *Op.cit.*, p. 81

² Ver en igual sentido. CASTILLO GONZALEZ. *“Anuario de Derecho Penal...”*. p 320

justificación alegada, amparada en un estado de necesidad, una causa de exculpación o en una legítima defensa.

Este no es un problema sobre la calificación del hecho como injusto, es un cuestionamiento que tiene onda trascendencia en las causales justificativas que excluyen la antijuricidad del hecho y en algunos casos la culpabilidad.

Se dice que: *“El injusto se refiere al desvalor mismo del hecho realizado, que es valorado negativamente por el derecho; es decir, lo injusto es el comportamiento antijurídico mismo. La antijuricidad es fundamentalmente contradicción entre una conducta y una norma. Cuando el comportamiento de alguien contradice las normas jurídicas que establecen lo que el comportamiento correcto debe ser y, además, no está cubierto por una causa de justificación ese comportamiento es antijurídico. Con ello se agota el juicio sobre la antijuricidad”*.¹

La diferencia entre antijuricidad e injusto se explica así: *“Mientras la antijuricidad, entendida como contradicción entre la norma y conducta, es siempre la misma y no se puede graduar, lo injusto tiene calidad y cantidad y por ello puede ser cuantitativa y cualitativamente diverso; por ejemplo, hay diferencia cualitativa entre lesiones gravísimas y leves y hay diferencia cualitativa entre homicidio doloso y culposo. Todos estos tipos penales son antijurídicos, pero tienen diferente contenido injusto”*.²

El injusto es una valoración personal que depende de las circunstancias bajo las cuales se dan los hechos y que hacen que una conducta sea calificada como más grave que otra. El carácter injusto de un hecho tiene gran relevancia a la hora de fijar la pena para el delito correspondiente, pues no es lo mismo reprochar un delito de homicidio calificado por la utilización de un veneno insidiosamente suministrado o cometido con alevosía o ensañamiento, que reprochar este mismo, cometido en un estado de emoción violenta. Parece que aunque ambas figuras han sido calificadas por su contenido injusto, la alevosía o ensañamiento, requiere de una conducta mucho más agresiva del sujeto activo que merece cualitativamente ser castigada con mayor rigurosidad por aparejar un mayor contenido injusto. En igual sentido tiene mayor contenido

¹ CASTILLO GONZALEZ (Francisco). **El dolo, su estructura y sus manifestaciones**. San José, JURITEXTO, primera edición, 1999. pp.68-69

² *Ibíd.* p. 69

injusto una conducta activa que una omisiva, pues requiere de mayor esfuerzo y agresividad la conducta activa, por ejemplo, tiene más contenido injusto el matar a alguien utilizando un cuchillo que dejarlo morir por incurrir en omisión de auxilio.

Injusta es la valoración que se hace de una conducta de acuerdo con el desvalor de la acción y del resultado. La primera se refiere al objeto, el modo, la exteriorización y el elemento subjetivo descritos en el tipo penal presentes en el hecho. Así como el desvalor del resultado se refiere al resultado en sí mismo.

La antijuricidad del hecho parte de que el mismo es típico y de que no se ampara en ninguna causa de justificación. La lesividad del hecho se extrae del concepto de tipicidad conglobante, que se termina de acreditar sólo en caso de que el permiso constitucional no prevalezca; esto es lo que ocurre cuando la conducta no se ejecuta en el contexto previsto por un permiso legal o tipo de permisión. Zaffaroni dice: *“No existen dos conceptos de antijuricidad, pues ésta es siempre material, en el sentido de que implica una efectiva afectación del bien jurídico, en consecuencia no existe un injusto legal o suprallegal, sino que todos los injustos son legales con un contenido material de lesividad.”*¹

Respecto de las causas de justificación, se dice que su función es que: *“...inciden como permisión excepcional del comportamiento que realiza los elementos de prohibición”*.²

Señala Santiago Mir Puig, al referirse a las causas de justificación frente a los bienes jurídicos que: *“aunque estos bienes son valiosos para el derecho penal, pueden entrar en conflicto con otros intereses que aquél puede considerar preferentes, en determinadas circunstancias. En todas se requiere tanto la efectiva concurrencia ex post de un interés superior (falta de desvalor de resultado), como su apariencia ex ante (falta del desvalor de la conducta)”*.³

Las causas de justificación funcionan de manera tal que la acción justificada resulta ser congruente con el derecho por la lesión que recibe determinado bien jurídico y que merece mayor protección ante un peligro ilegítimo y actual. El valorar ex post la presencia de un interés superior justifica

¹ Ver ZAFFARONI. *Op.cit.* p 571

² JOACHIM HIRSCH (Hans). *Derecho Penal, Obras Completas. Tomo III.* Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, primera edición, 1999. p 15

³ Ver MIR PUIG. *“Derecho Penal...”* p. 175

la acción protectora ante el riesgo corrido y valorar la acción ex ante se refiere a que las circunstancias bajo las cuales se defiende determinado bien jurídico no hayan sido provocadas.

Fernando Velásquez dice: *“en relación a la naturaleza jurídica de las causas de justificación, no cabe duda de que son normas permisivas, lo cual infiere del hecho de que el plexo normativo no solo consagra prohibiciones y mandatos, sino también autorizaciones para actuar; es así como pueden afirmarse que los tipos penales contienen reglas generales que encuentran sus excepciones en las causales de justificación, constituyéndose en tal modo la tipicidad en un indicio de la antijuricidad, en su ratio cognoscendi”*.¹

Lo anterior llama mucho la atención en el sentido de que si las causas de justificación se refieren a normas permisivas dentro del derecho penal, la naturaleza jurídica, de estas, lleva a la conclusión de que el sobrepasarse en el uso de sus como facultades, llevaría a calificar los hechos como propios del abuso del derecho analizado al principio de esta investigación. Ahora bien, si lo que se está analizando es la provocación dolosa de una causa de justificación para lesionar determinado bien jurídico, al pretender la aplicación de tales normas permisivas, debe tomarse como referencia la teoría de la *actio ilícita in causa* y seguir el principio de equiparación mediante el cual se equipara la provocación de la causa de justificación con su exclusión; por lo tanto, éstas ya no serían aplicables, relación que si corresponde a la teoría del fraude de ley.

La provocación es un elemento que la misma normativa ha exigido para valorar la aplicación de las causas de justificación. El artículo 27 del Código Penal Costarricense al hablar del estado de necesidad, dice:

“No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos...b) que no lo haya provocado voluntariamente...”.²

El artículo 28 del mismo cuerpo normativo señala:

“No comete delito el que obre en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima...”.

¹ Ver VELASQUEZ VELASQUEZ. *Op.cit.*, p. 465

² Código Penal. Art. 27

El ordenamiento penal costarricense parte del supuesto de que la *actio ilícita in causa* en el estado de necesidad, sólo es aplicable cuando la provocación ha sido dolosa; en consecuencia, la provocación culposa podría acarrear la aplicación de la justificación. Como se expuso anteriormente, se considera que también puede hablarse de una causa culposa y posterior defensa dolosa, pero aunque esta es una tesis que se comparte, en consecuencia de acuerdo con la normativa nacional, la *actio ilícita in causa* solo es aplicable en delitos cuya provocación es dolosa.

Respecto de la legítima defensa, la acción debe presentarse ante un hecho antijurídico; esta calificación se excluye si el mismo ha sido provocado razonablemente.

Debe valorarse también que la provocación debe ser actual pues de lo contrario no excluye la causa de justificación que se pretende alegar. Valorar la presencia de una causa de justificación de manera aislada es desatender la unidad del hecho y obviar la provocación.

La misma crítica se realiza para quien provoca una causa de exculpación. Se dice que debe valorarse la capacidad de autodeterminarse al momento del hecho, sin importar si ha sido provocada. Se habla de una ponderación de intereses real, pero debe tomarse en cuenta que el provocador decidió estar en dicha situación previendo su objetivo. Este es el principio de equiparación en su esencia misma y la antijuricidad del hecho; aún valoradas las circunstancias bajo las cuales se actúa, se encuentra en la acción precedente que provocó y buscó la lesión al bien jurídico.

Parte C

Actio Libera in causa y Omitio Libera in Causa.

La actio libera y omitio libera in causa se relaciona con el estudio de hechos en los que se trata de excluir la capacidad de acción y la conciencia del sujeto, para cometer un delito de manera activa o pasiva, respectivamente, una vez excluida alguna de estas capacidades.

El fundamento de esta teoría está relacionado con la provocación de tales estados de incapacidad; dicha provocación debe ser relevante, de manera

que reúna todos los requisitos objetivos y subjetivos, necesarios para equiparar materialmente estos supuestos como casos de imputación normal. Así por ejemplo, si en los delitos de comisión por omisión se habla de la necesidad de que exista una posición de garante, en la *actio* y en la *omittio libera in causa* habrá de existir una provocación relevante¹.

La *actio libera in causa* se refiere a la acción cometida en un estado de inconciencia, por ejemplo, cuando una persona ebria lesiona a otro sin saber lo que hace. La *omittio libera in causa* se presenta cuando una persona omite realizar un acto al cual estaba obligada por haber provocado con antelación determinado estado de inacción, por ejemplo, cuando se queda dormido o pierde la capacidad de actuar por medio de una inconciencia completa.

Ujala Joschi señala que dicha provocación debe cumplir con ciertas características; así señala: “La provocación será relevante cuando cumpla con los siguientes requisitos:

A) *Objetivamente, la provocación debe crear un peligro típicamente relevante y directo para un bien jurídico determinado; la realización de dicho peligro debe poderse vincular directamente a la provocación. Con la provocación, el sujeto debe colocarse en un estado en el que posteriormente, de no intervenir ningún otro factor, le será imposible, o casi imposible controlar la situación de peligro creada.*

B) *Subjetivamente, el sujeto tiene que, por lo menos, poder prever lo siguiente: 1) que su comportamiento elimina alguna de sus capacidades relevantes para el derecho penal. 2) que con la provocación está creando un peligro concreto para un bien jurídico concreto. 3) Que en estado de incapacidad lesionará al bien jurídico que había puesto en peligro, pudiendo advertir, en este momento previo, que en el momento del hecho será ya imposible su evitación”.*²

Se cree que la calificación que se haga de cada una de ellas depende de la conducta precedente que culmina en la lesión del bien jurídico, así la misma pueda ser culposa o dolosa y el reproche se realiza de acuerdo con dicha calificación y al resultado obtenido que es indispensable. Ésta, como cualquier

¹ Ver en igual sentido. UJALA JOSHI. *Op.cit.*, p. 414

² *Ibíd.* p. 415

otra modalidad delictiva requiere que el bien jurídico esté en peligro para por lo menos señalar los hechos como propios de una tentativa.

Santiago Mir Puig expone claramente que la calificación del hecho se refiere al acto precedente, al estudiar esta figura con la presencia de la fuerza irresistible provocada: *“Concurrirá una modalidad de actio libera in causa cuando...el acto era libre en su origen por haber sido provocado por el agente en un momento anterior. Si la actuación forzada fue buscada o querida anteriormente por el forzado, la fuerza no excluirá la conducta voluntaria anterior, que podrá, en su caso realizar un tipo doloso si el sujeto aceptó la lesión última. Téngase en cuenta que querer la fuerza puede no significar en el caso concreto querer la lesión que acaba ocasionándose, supuesto en que también puede existir solamente delito imprudente. También existirá comportamiento imputable aunque la violencia no haya sido querida, si era previsible y evitable. Sin embargo, entonces solo podrá, en su caso, concurrir un tipo imprudente”*.¹

Muñoz Conde también hace referencia a la imputación de acuerdo con la acción precedente: *“la imputabilidad va referida a la acción precedente a la acción típica, y es esta acción precedente la que fundamenta la existencia de responsabilidad...”*²

Estas figuras están estrechamente relacionadas con el fraude de ley porque la teoría del delito analizada en la culpabilidad, parte del hecho de que el sujeto que ha incurrido en una conducta antijurídica debe tener plena capacidad y conocimiento de lo que realiza. Tratar de cometer un delito sin estas capacidades, puede resultar en impunidad, de ahí que se atiende a la provocación como evasión de la culpabilidad.

En los casos de la provocación de la inacción en los que ni siquiera hay un hecho antijurídico, debe partirse del resultado obtenido para realizar la imputación. Sin embargo, a la hora de valorar las posibles justificaciones que, frente al mismo puedan existir, debe valorarse un estado de necesidad y no una legítima defensa, en su caso, pues aún no se considera que exista agresión ilegítima³.

¹ MIR PUIG. *“Derecho Penal...”* p. 216

² MUÑOZ CONDE. *“Teoría general del delito...”* p. 140

³ Ver en igual sentido. UJALA JOSHI. *Op.cit.*, p. 416

Ujala Joshi Jubert dice que: *“el fundamento de la actio y la omitio libera in causa lo es la provocación y que el objeto de dicha imputación es la causación del resultado”*¹. Aclara seguidamente: *“Los casos de actio libera in causa se caracterizan por la provocación relevante del estado defectuoso en el que posteriormente se lesiona el bien jurídico. Dicha provocación si cumple con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos, se constituye en el fundamento de la punición, mientras que el objeto de la imputación sigue siendo el resultado, entendido éste en sentido jurídico, y no meramente material”*.²

Esta provocación es aplicable a ambas figuras, tanto omisiva como activa. La imputación en los delitos de comisión por omisión en esta figura solo se puede realizar cuando el sujeto tiene la posibilidad de evitar el resultado y está obligado a ello. Bertel dice que: *“cuando existe una norma que manda “salvar bienes jurídicos en peligro”, es y permanece, independiente al lado de la prohibición “no debes lesionar bienes jurídicos”. Detrás de un delito de omisión no existe ninguna infracción de una prohibición, sino una infracción de un mandato. Cuando el ordenamiento jurídico manda a alguien realizar una determinada acción, le prohíbe, a la vez, cualquier acción que le incapacite para realizar la acción mandada. Esta prohibición se deriva, sin dificultad alguna, teleológicamente –y no lógicamente- del propio mandato”*³.

La figura de la actio libera in causa se ha tratado de equiparar con figuras como la autoría mediata. Pero, ésta no resuelve los casos de “alic”, pues en la autoría mediata el sujeto activo cumpliría dos funciones. Además, no resuelve los casos de alic imprudente, pues no se admite una autoría mediata imprudente ya que es imposible obtener el dominio necesario del hecho para acreditarla⁴.

La comparación con la autoría mediata se ha dado porque en ambos institutos existe una acción precedente, pero en la *actio y omitio libera in causa* el sujeto activo no se vale de otro o de un instrumento para cometer el hecho. Es él quién consigue la lesión al bien jurídico de manera inconciente.

Al inicio de la investigación se habló de la confusión que podría existir entre el fraude de ley y el dolo antecedente, subsiguiente o general. Estas

¹ Ver en igual sentido. UJALA JOSHI. **Op.cit.**, p. 282

² **Ibíd.** p. 407

³ **Ibíd.** p. 196

⁴ Ver en igual sentido. **Ibíd.** p. 181

mismas diferenciaciones caben para delimitar la figura de la alic como se le conoce de manera generalizada a la *actio y omitio libera in causa*, ésta se refiere solo a actuaciones que tiendan a excluir la capacidad o acción y el conocimiento del sujeto que comete el delito. Los otros tipos de exclusión son resueltos por las diferentes teorías como en la antijuricidad *la actio ilícita in causa*, y las diversas posiciones de fraude de ley que se vienen planteando alrededor de la presente investigación. Lo anterior, por cuanto algún sector de la doctrina ha señalado que la alic es aplicable a todas las provocaciones que tiendan a excluir algún elemento requerido para la comisión del delito, cuando esta figura no soluciona todas las inquietudes al respecto. No todos los casos de exclusión de un elemento requerido para la comisión del ilícito son resueltos por medio de la provocación relevante, además, dicha provocación difiere de acuerdo con la etapa de la teoría del delito de la que se hable.

Respecto de este mismo tema Ujala Joshi Uberth dice *“Si el derecho penal quiere prohibir todas aquellas conductas que ex-ante se demuestran como capaces de lesionar los bienes jurídicos que se quieren proteger, es necesario que prohíba las conductas a través de las cuales el sujeto provoca su propia incapacidad para ser motivado por la norma o para ser normalmente motivado, siempre y cuando, en el momento de la provocación se advierta el peligro concreto y directo para un bien jurídico determinado. De otro modo, se estaría dando carta de naturaleza al fraude de ley en Derecho Penal”*.¹

En efecto, los posibles casos sancionados a través de la alic, son hechos propios de una comisión fraudulenta. Sin embargo, gracias a esta protección es que evita el fraude y se logra sancionar el hecho.

Cuando se trataron las soluciones dadas para la *actio ilícita in causa* se expuso que ésta se valora de acuerdo con los supuestos bajo los cuales entran en aplicación con cada una de las causas de justificación y requisitos descritos en el código, al regularlas; para los casos de *actio y omitio libera in causa*, se encuentra el artículo 44 del Código Penal. Este numeral sanciona los hechos cometidos con la exclusión de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión; se hace referencia a la inimputabilidad descrita en el artículo 42 del mismo cuerpo normativo².

¹ Ver UJALA JOSHI. *Op.cit.* p. 415

² Ver en igual sentido. *Código penal.* Art. 42, 44.

TÍTULO SEGUNDO
ANÁLISIS DEL FRAUDE DE LEY EN LA TIPICIDAD
CAPÍTULO I
FRAUDE DE LEY ANALIZADO DESDE LA TIPICIDAD DEL
DELITO
Sección I
Estructura del fraude de ley analizado en la tipicidad del delito.
Parte A
Ubicación del dolo en la comisión de los tipos penales
cometidos en fraude de ley.

El dolo es el conocimiento y la voluntad sobre el delito que se comete. También se comprende así: *“El dolo es conocimiento de las circunstancias o elementos del tipo penal y voluntad de realizarlos”*.¹

Parte importante para la comprensión del fraude de ley es considerar si el dolo debe abarcar las condiciones propias del fraude a la norma. Se refiere a un dolo sobre la antijuricidad del hecho o si por el contrario basta con el conocimiento objetivo de los supuestos fácticos relacionados con la comisión del delito, propio de un dolo natural, ubicado en la tipicidad del hecho.

Cabe destacar que han existido muchas teorías que se refieren a la ubicación del dolo dentro de la teoría del delito; la misma doctrina se ha encargado de apuntar cuáles son las ventajas y desventajas de seguir una u otra posición.

En Costa Rica es claro para la doctrina nacional, que la teoría dominante es la llamada “doctrina del tipo injusto” que considera que el dolo es un elemento de lo injusto. Señala el Dr. Castillo González: *“El dolo implica que el autor realice una acción, consciente y voluntaria, que es contraria a la obligación de actuar de modo diverso que establece una norma determinativa.*

¹ KARGL. *“Der Strafrechtliche Vorsatz auf Basis der Kognitiven Handlungstheorie”*. Frankfurt am Main, u.s.w. 1993, p 16. Citado por. CASTILLO GONZALEZ. *“El Dolo...”*. p. 17

*El dolo es, por tanto, lo que le confiere el desvalor a la acción y el desvalor de la acción es el componente personal de lo injusto”.*¹

El injusto penal está compuesto por el desvalor de la acción y del resultado, que no resulta ser lo mismo que la antijuricidad. El dolo debe ubicarse en la tipicidad del hecho, pues se refiere a los elementos fácticos de la acción realizada por el sujeto activo y de su apreciación como injusta o lesiva, pero no como antijurídica propiamente. Una conducta sin dolo o sin culpa no es típica, pero sí lo es, si existe dolo, entendido como voluntad y conocimiento de realizar el hecho. Los casos en que el individuo sea motivado por un falso supuesto, excluye la culpabilidad como error de prohibición.

Se dice que: *“El conocimiento de la antijuricidad al tener una naturaleza distinta al dolo no requiere el mismo grado de conciencia; el conocimiento de la antijuricidad no tiene, por tanto, que ser actual, puede ser simplemente potencial, importando no tanto la conciencia de la antijuricidad en el momento del hecho, como la posibilidad de haberla tenido, si se hubiere esforzado en ello el sujeto”.*²

Con el análisis del fraude de ley no se pretende exigir un conocimiento adicional del sujeto activo respecto de la conducta que realiza, como contraria al ordenamiento jurídico. Si bien es cierto, en algunas ocasiones se parte del supuesto que el individuo conoce y quiere la evasión de la norma. Dicha evasión no debe centrarse estrictamente en el estudio de tipo penal, sino de los elementos que se requieren para la comisión del delito, que van a ser objeto de exclusión.

Así en el fraude de ley estudiado en la culpabilidad, sea a través de la provocación de un estado de inconsciencia o inacción; el sujeto puede conocer que efectivamente con dicha actuación puede evadir la punibilidad del hecho, y reducir las capacidades necesarias para que le sea reprochable. Pero, la actuación en fraude no parte de la exigencia de tal conocimiento, como sucedería si se ubicara el dolo en la culpabilidad, con conocimiento sobre la antijuricidad del hecho. Lo único exigible es el conocimiento de la acción materializada y de la realización de la misma; esta situación también lo hace

¹ Ver CASTILLO GONZALEZ. “El Dolo...” p. 66

² WELZEL. Citado por MUÑOZ CONDE (Francisco). **El error en Derecho Penal**. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, primera edición, 2003. p 34

ver la norma penal que regula la *actio libera in causa*; por ejemplo, en la que tal conocimiento es solo un agravante y no un requisito.

El artículo 44 del Código Penal, al sancionar la perturbación provocada, señala que: “...*la respectiva pena podrá agravarse si el propósito del agente hubiere sido facilitar su realización o procurarse una excusa*”¹.

Exigir que el individuo conozca la antijuricidad del hecho para reprochar la intención evasiva de la norma, es un absurdo, que solo podría valorarse cuando el sujeto activo sea un conocedor del derecho. Esto, limitaría la sanción de un ilícito penal cometido en fraude solo a los individuos que tengan esa preparación especial y no de manera general; parte de su aplicación al ciudadano común para quién en principio esta diseñada la norma.

De la misma manera sucede cuando se analiza la provocación dolosa de los supuestos fácticos para agredir a un individuo, al alegar la concurrencia de una causa de justificación. No requiere el sujeto activo conocer que el hecho que realiza es fraudulento y antijurídico, pues además, existiría una doble antijuricidad que tampoco es compatible con la teoría del delito. Una primera, al conocer la contrariedad con el ordenamiento de la conducta lesiva que se persigue y otra antijuricidad que consiste en la contrariedad de evadir la norma penal. Esto supondría, la lesión a dos bienes jurídicos: el primero protegido por la norma vulnerada y el segundo el ordenamiento como tal, que se vería violentado. Exigir estos conocimientos especiales, atenta contra la aplicación misma de la norma evadida y contra las reglas de imputación criminal que exigen la igualdad ante la ley. Por otro lado, no tiene sentido otorgar determinado grado de lesividad al ordenamiento por sí mismo, si no es referido a la violación de algún bien jurídico en particular.

Es importante ver cómo en la tipicidad del hecho el sujeto puede excluir algún elemento propio del tipo penal, para que su conducta lesiva no encaje en la norma. Así por ejemplo, cuando evade la norma a través de la exclusión de su participación en el hecho; podría pensarse en la creación de las condiciones idóneas para que otro cometa un delito culposo, en el cual no se pena la complicidad ni la instigación. Otro ejemplo podría ser, cuando se hace recaer la conducta en un objeto ajeno al tipo, así, cuando realiza el tipo penal de daños y

¹ Código penal. Art. 44

la conducta consiste en romper un cheque que no le pertenece al individuo activo; dicho documento no puede compararse con el concepto de cosa ajena.

En estos casos la situación del dolo y el conocimiento de éste sólo debe referirse a las circunstancias materiales propias de la comisión del delito, es decir a la acción como tal. El sujeto que rompe el cheque de su amigo que éste le presta por unos segundos para que valore que efectivamente se trata de la cantidad indicada incurre en daños; sabe que el daño que causa es injusto por el sentido material del hecho, pero no tiene por qué saber si el hecho es antijurídico o no por resultar lesivo a determinado tipo penal; mucho menos debe saber que con su actuar está evadiendo una norma penal, pues, éste sería un conocimiento aún más especializado.

El Dr. Francisco Castillo hace referencia a algunas citas bibliográficas que se refieren al tema: *“En materia penal la regla general (y salvo excepciones) es que la punición de la una conducta solamente es posible si el autor realiza el elemento objetivo con conocimiento y voluntad de realizarlo. En efecto, “fraude a la loi sans fraude” sería una contradicción en sí misma”*.¹ *“Sin embargo, para la existencia del elemento subjetivo del “fraude a la loi” no se requiere una intención en sentido estricto de evadir la ley, basta con el conocimiento de la situación objetiva de evasión a la ley y la voluntad de realizarla.”*²

Se refiere a que no puede existir un fraude sin conocimiento y voluntad de lesionar el bien jurídico, es decir no puede existir un fraude culposo, pero tal elemento subjetivo es desvalorado, no requiere estar presente sobre la antijuricidad del hecho.

Más adelante, en este mismo artículo, indica el Dr. Castillo González, al emitir su posición personal: *“Ciertamente, el fraude de la ley en la evasión de los elementos tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad puede ocurrir en cualquier delito. Sin embargo, el fraude de la ley (doloso) en la evasión de un elemento del tipo objetivo requiere de su autor un elevado conocimiento de la ley para*

¹ WÜRDINGER. *Le problème de la fraude à la loi*. Citado por CASTILLO GONZALEZ. “*Ciencias Penales...*”, p. 69

² FIANDACA MUSCO. “*Diritto Penale*”, “*Parte Generale*”. Citado por. *Ibidem*.

poder cometerlo. Por esto, la evasión de un elemento del tipo objetivo del tipo penal tiene carácter excepcional".¹

Ciertamente no se comparte este punto con el Dr. Castillo González, quién expone una posición muy respetable. Lo anterior tiene fundamento en que el fraude de ley analizado, desde la tipicidad del hecho, no requiere de la exigencia de un dolo sobrevalorado; así lo hace ver al declararse partidario de la teoría del tipo injusto², teoría que se considera la correcta.

En la presente investigación se parte de la posición de que existen conductas que son fraudulentas de manera "autónoma" porque lesionan determinado bien jurídico de manera tal que éste merece ser protegido por el ordenamiento. Tal protección resulta imposible, al partir de las formas de interpretación permitidas en el derecho penal y en apego el principio de legalidad. Se refiere a "fraude autónomo" por cuanto la exclusión del elemento objetivo requerido por el tipo penal, se presenta en la acción misma, mediante la cual se vulnera el bien jurídico. Cuando las acciones se presentan de manera aislada y materialmente están dirigidas a la lesión prohibida, el tratamiento es distinto pues la exclusión se debe a un acto precedente. El dolo, en ambos casos, es un dolo natural, respecto de la lesión misma; debe tomarse en cuenta que el objetivo último de la norma es la protección de determinado bien jurídico y no del ordenamiento como un fin en sí mismo.

Autores como García Conlledo ayudan a entender este conocimiento natural, pues sostiene que: *"...el objeto del dolo es el sentido del tipo..."*³

El sujeto activo debe tener conocimiento de los presupuestos fácticos del hecho perseguido y del significado social de los mismos. Este conocimiento no debe ser exacto sobre el sentido jurídico de lo que realiza, pues debe adecuarse a la valoración "paralela en la esfera del profano" con el fin de aplicarlo a los elementos normativos y descriptivos del tipo penal. Se le denomina también conocimiento de la concurrencia en el hecho del elemento típico, en todo su sentido o significado material auténtico.⁴

Incluso, refiere este autor, García Y Conlledo, que este conocimiento está referido a la lesión del bien jurídico, del cual va a partir el carácter injusto

¹CASTILLO GONZALEZ. "Anuario de Derecho Penal..." p. 329

² Ver en igual sentido. CASTILLO GONZALEZ. "El Dolo...". p 65-78

³ Ver GARCIA Y CONLLEDO. *Op.cit.*, p. 347

⁴ Ver en igual sentido. *Ibíd.* pp. 352-353

de la acción que realiza el sujeto activo; así dice: *“El bien jurídico tiene gran importancia a la hora de interpretar un tipo penal, por lo que también tiene mayor importancia a la hora de determinar cuál es el sentido material auténtico de un elemento típico, cuya concurrencia debe conocer el sujeto para actuar con dolo”*.¹

Se trata *“...de un dolo objetivamente malo, según el cual el conocimiento de la concurrencia en el hecho de los elementos típicos debe hacer que el hombre medio ideal desde la perspectiva del derecho reconozca el carácter prohibido de su conducta. Lo que el sujeto debe conocer, sea cual sea la clase de elementos-descriptivos o normativos-, es la concurrencia en el hecho del sentido o significado material auténtico del elemento, con independencia de que conozca o no en abstracto cuáles son las características que conforman ese sentido o significado material. Para conocer la concurrencia en el hecho del elemento del tipo en todo su sentido o significado material auténtico no hace falta conocer ni el proceso por el cual concurre el elemento en un determinado supuesto, ni las reglas constitutivas del elemento en virtud de cuales éste adquiere sentido. Lo que debe conocer el sujeto es el propio elemento. Igual que cuando disparo mortalmente sobre una persona lo importante para decir que hay dolo de homicidio es que haya captado el sentido biológico del blanco como persona, sin importar si sé que es hijo de A y B o de C y D”*.²

Nos explica más adelante García Y Conlledo y, a manera aclarativa, que: *“El componente descriptivo de los elementos valorativos del tipo debe ser abarcado por el dolo del sujeto, de modo que, para que éste sepa que se encuentra ante un acto de exhibición obscena ha de captar que el hecho reúne las propiedades que socialmente permiten hablar de un acto de exhibición obscena”*.³

Importante resaltar, que cuando se habla de fraude de ley en la tipicidad del hecho, se trata de la exclusión de un elemento descriptivo o normativo del tipo penal, elementos que se requieren para su comisión como la participación criminal, por ejemplo. No es posible hablar de la exclusión de los elementos subjetivos, pues la falta de estos, en su totalidad, no justifica la intervención del

¹ Ver GARCIA Y CONLLEDO. *Op.cit.*, p 367

² *Ibíd.* pp. 378-379

³ *Ibíd.* p 413

ordenamiento jurídico penal; su exclusión, en un momento precedente, es tratado por *la actio y omitio libera in causa*.

La ignorancia y la falsa representación de los supuestos de hecho necesarios para cometer un delito, deben ser tratadas como un error; esta circunstancia afecta el elemento cognoscitivo del dolo.

Parte B

El tipo objetivo

La función del tipo penal es individualizar conductas humanas penalmente prohibidas o la infracción ante una obligación mandada. Es a través del tipo que el legislador otorga relevancia jurídica a las distintas conductas valoradas como negativas.

El tipo penal describe los elementos objetivos requeridos para la comisión del delito, con excepción de los elementos externos tales como las causas de justificación o de exculpación. Los elementos subjetivos son descritos en cada tipo penal, sea dolo o culposo. La estructura de los tipos penales, se compone por lo tanto de los elementos objetivos y subjetivos.

Pero para efectos de valorar la posible comisión de un Fraude de Ley estudiado en la tipicidad del delito solo se puede hablar de la exclusión de los elementos objetivo.

Los principios de taxatividad, certeza o seguridad jurídica y de determinación, derivados del principio de legalidad, señalan que la norma penal no puede ser redactada en términos ambiguos o equívocos. El tipo penal debe prescindir de medios imprecisos, erróneos, que permitan la inclusión de cualquier clase de comportamientos con sacrificio de la seguridad jurídica¹.

Las circunstancias que constituyen el tipo objetivo las describe el legislador por medio de conceptos abstractos², lo mismo que con los elementos normativos y descriptivos.

Los tipos penales están formados por elementos descriptivos y normativos que son los que ayudan a delimitar su alcance y aplicación. Algunos de estos son de sencilla apreciación como se podría pensar en los elementos

¹ Ver en igual sentido. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Op.cit.*, p. 275

² LACKNER. *Citado por* CASTILLO GONZÁLEZ. “El dolo...” p. 91

descriptivos, otros requieren de cierta valoración jurídica y esto puede complicar su entendimiento.

Existen dos posiciones mayoritarias que brindan determinada clasificación para distinguir los elementos descriptivos del tipo penal de los normativos: *“Las que se fijan en el modo de aprehensión o entendimiento de los elementos del tipo para clasificarlos. Elementos descriptivos del tipo son aquellos –externos o internos- aprehensibles o comprensibles por la mera observación sensorial, mientras que los elementos normativos del tipo no son accesibles a esa percepción, sino que es necesario un proceso de comprensión intelectual o espiritual o un proceso valorativo-según algunos autores reservado al juez-para comprenderlos o aprehenderlos en todo su significación”*.¹

También se indica que: *“Otras veces se define los elementos normativos por su conexión con normas, es decir, por el hecho de que los mismos remiten o presuponen una norma-jurídica o no-, de modo que para determinar su contenido hay que acudir a normas. No muy lejos de estas definiciones se encuentran aquellas que señalan que los elementos normativos remiten a relaciones o situaciones jurídicas, pues éstas necesariamente se sustentan en normas, aunque quizás tales definiciones olvidan la remisión a normas extrajurídicas”*.²

En la figura del hurto, por ejemplo, prevista por el código penal costarricense, para comprender que lo sustraído es ajeno, se requiere de una valoración normativa, con la finalidad de determinar el alcance de tal ajenidad; esto, supone que se refiere a un elemento normativo. Para referirse a la primera clasificación, se podría decir que dicho concepto no es susceptible de ser valorado a través de lo sentidos, sino que específicamente se requiere tal valoración normativa. Un elemento descriptivo por ser perceptible sensorialmente y no requerir mayor valoración jurídica, puede ser los conceptos “vehículo” o “persona”, términos sobre los que puede recaer la acción del hurto o del homicidio. Los anteriores ejemplos sirven para ilustrar las clasificaciones señaladas.

¹ MAYER. Citado por DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO. *Op.cit.*, p. 45

² SCHLÜCHTER. Citado por. *Ibíd.* p. 48

También sucede que, para valorar la condición de ajeno, dicho elemento no resulte del todo normativo y requiera de una valoración fáctica respecto del objeto como impropio, una valoración sensorial no propia del término sino de su relación con la realidad. El término persona, a pesar de ser de fácil comprensión, también requiere de su valoración normativa, cuando se pone en entre dicho el momento en que un individuo nace a la vida, lo anterior a efecto de diferenciar entre aborto y homicidio, de igual forma esos conceptos son importantes al tratar temas como la muerte neurológica y el trasplante de órganos que supondría la apreciación de un elemento normativo del tipo penal.

Miguel Díaz Y García Conlledo, dedica un estudio exhaustivo al tema de los elementos normativos del tipo penal y señala: *“Por tanto, en la distinción entre elementos normativos y descriptivos del tipo no estaríamos ante una división tajante en compartimento estancos, sino más bien, ante una apreciación cuantitativa: ciertos elementos son más descriptivos que otros, mientras que en algunos la carga normativa es mayor”*.¹ Seguidamente cita este autor a Steiniger quien sostiene: *“la normatividad es un criterio cuantitativo, no hay apenas elementos puramente normativos o puramente descriptivos”*.²

Díaz Y García Conlledo se acoge a la nueva tendencia de restar importancia a la clasificación de tales elementos y valorar exclusivamente su incidencia en temas como el error y su referencia respecto del dolo³.

Existen elementos normativos específicos y explícitos o generales e implícitos. Los primeros hacen referencia a los conceptos particulares de cada tipo penal que requieren de cierta apreciación jurídica, ejemplos, documento, funcionario público, bien, entre otros. Los segundos son aquellos que son comunes a todos los tipos penales y que se derivan de la construcción dogmática o de preceptos de la parte general; así por ejemplo en los delitos de resultado, la imputación objetiva del mismo a la acción del sujeto es un elemento no escrito del tipo que tiene naturaleza normativa. La autoría también es un ejemplo de esta segunda clasificación, muchas veces se evidencia en la introducción de los tipos penales con la frase “el que”; las distintas formas de

¹ Ver GARCÍA Y CONLLEDO. *Op.cit.*, p. 59

² STEININGER (Einhard). *Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale en: ÖJB*. 1987. p 206.

Citado por *Ibidem*.

³ *Ibid.* pp. 66-75.

participación son elementos normativos en cuanto hay que acudir a la parte general del Código Penal para poder interpretarlas.¹

Lo importante de conocer cuáles son los elementos objetivos descritos por el tipo penal es estudiar la posibilidad de su exclusión como parte de un delito fraudulento. La eventualidad de que exista un fraude sobre un elemento subjetivo ya se analizó al estudiar la ubicación del dolo en este tipo de casos. Aún así es necesario realizar la distinción con algunos tipos penales que contienen un sentido antijurídico en la descripción de la conducta lesiva; así por ejemplo, tipos penales que utilizan frases como “con ánimo de lucro”, parten de un elemento subjetivo que no puede ser excluido del tipo, pues entonces la conducta sería atípica, así según el ejemplo, si dicho ánimo no está presente a pesar de existir conocimiento y voluntad daría paso a un error de subsunción, pues el error sería sobre la antijuricidad del hecho.

Para ampliar un poco más sobre estos tipos penales, que suponen cierta valoración de la antijuricidad del hecho, se identifican a través del uso de frases como: “sin título o causa legítima” o “indebidamente” entre otros. Muñoz Conde señala que en estos tipos, tales elementos normativos se refieren a la infracción penal así como la afirmación de la antijuricidad. Son casos en los que el elemento normativo del tipo penal sobrepasa la esfera del tipo y presupone el conocimiento sobre su contrariedad con la norma. Para valorar estos casos, Muñoz Conde indica que debe atenderse primero a la tipicidad del delito y luego a su antijuricidad, de manera que el elemento puede compartir ambas características².

Para los efectos de esta investigación, se parte de que efectivamente son elementos propios del tipo penal, pero que el legislador pretendió resaltar en virtud de la necesidad de sancionar una conducta que ante la presencia de dicho elemento subjetivo, resulta más gravosa. Parece ser que en algunos casos, estos elementos se refieren al dolo propiamente, pero cuando requieren de una valoración mayor de los hechos como la aprobación del “ánimo de lucro”, el contenido varía y se vuelve antijurídico. Es decir, los elementos subjetivos del tipo son generales y se supone que la mayoría de las conductas son cometidas con dolo, el hecho de que este elemento venga, de manera

¹ Ver en igual sentido. GARCÍA Y CONLLEDO. *Op.cit.*, pp. 83-84

² Ver en Igual Sentido. MUÑOZ CONDE. *Op.cit.*, pp. 68-70

específica, en el tipo, no cambia en nada el panorama de su valoración; el problema es cuando forma parte del delito un conocimiento especial. Éste, no se refiere al dolo propiamente de manera desvalorada sino que se le otorga o exige un conocimiento mayor. Diferenciar esto parece un poco difícil, así cuando se entiende que la frase con “fines de lucro” utilizada en el delito de enriquecimiento ilícito previsto y sancionado por el artículo 346 del Código Penal Costarricense, se comprende que dicho ánimo o fin es propio de la acción natural del delincuente que comete el tipo penal. Distinto sería el caso, por ejemplo, de tipos penales que sancionan el fraude de ley como un tipo penal independiente y exigen el conocimiento de las normas manipuladas; en estos casos no se está ante el dolo desvalorado, sino que la conducta hace referencia a la exigencia de dichos conocimientos especiales.

El problema del fraude de ley puede estar un poco ligado a la teoría del error; lo que debe aclararse, es que la exclusión de un elemento objetivo del tipo penal por un error de tipo, delito imposible, no es similar al fraude de ley. En el delito imposible no existe lesión alguna a determinado bien jurídico, en el fraude de ley no es que el elemento objetivo se encuentre ausente, sino que resulta no ser precisamente el descrito por el tipo penal o ha sido excluido por un hecho precedente. La lesión al bien jurídico, sí se da y es acorde con la lesión que respecto de dicho bien, el tipo penal evadido quiso evitar.

Son fraudulentas las conductas lesivas que no caben dentro de la descripción objetiva del tipo penal; así por ejemplo, la participación en un delito culposo, pues, como se apuntó, la participación es un elemento normativo del tipo y por lo tanto objeto de fraude. Otro ejemplo, cuando se valora que el daño patrimonial causado a un tercero por el rompimiento de un cheque, no constituye el delito de daños, por no tratarse éste de una cosa en el sentido jurídico y ser ambos conceptos inconciliables.

Es así cómo se define cuáles son los elementos objetivos, propios del tipo penal. Para referirse a la precisión de los términos utilizados en los tipos penales, se dice que la necesidad de una técnica legislativa no puede ser extrema y que, para describir un tipo penal, debe acudirse a disposiciones generales y a la manipulación de las categorías lingüísticas. Debe entenderse claramente cuál es el sentido de las palabras utilizadas para poder determinar

su valor material, que será el que indique cuándo ciertos conceptos son sinónimos, análogos o están inmersos en el concepto general.

Parte C

La exclusión de los elementos objetivos del tipo penal.

¿Son realmente posibles las exclusiones de algún elemento objetivo del tipo penal? ¿Cuáles son esas formas de exclusión?

Se parte de la idea de que existen dos maneras de excluir un elemento objetivo del tipo penal. La primera se denomina: “exclusión autónoma” del tipo, cuando se realiza una acción que por sí misma no calza en el tipo objetivo, pero que lesiona el bien jurídico que la norma pretendía proteger contra esa misma lesión sufrida.

Hablar de la exclusión autónoma se refiere a que la lesión al bien jurídico se da pero ésta no encaja en el tipo penal que pretendió evitarla.

Tanto en acciones culposas como dolosas esta exclusión es atípica. Pues los hechos no son descritos por el tipo penal aunque resulten lesivos.

Esta se determina de acuerdo con un resultado muy concreto, producto de la imprudencia; por ejemplo, en un homicidio culposo los elementos objetivos del tipo son más precisos y excluir el elemento sobre el que recae la acción, es decir la víctima, resultaría ilógico. Así también la exclusión del medio por el cual se llega al tipo, no varía en nada la tipicidad del hecho y la lesión que se pretende evitar.

Entiéndase entonces, que la figura del fraude de ley analizado en la tipicidad del hecho sólo tiene relevancia cuando se habla de conductas dolosas y cuando surge de la comisión de un hecho que resulta lesivo a determinado bien jurídico. Esto, de acuerdo con la protección de éste, que quiere dar la norma, pero que no puede ser típica por cuestiones de literalidad, ya que escapa al sentido estricto literal, descrito por el tipo penal y que debe respetarse atendiendo al principio de legalidad.

La otra forma de presentarse la exclusión es por medio de una acción precedente del sujeto activo, que resulta excluyente del algún elemento del tipo objetivo requerido para la comisión del delito; de tal manera que el hecho no

puede resultar típico pero no por cuestiones de literalidad, si no por la exclusión que se hizo con antelación.

En este segundo supuesto es menester oponerse con mayor seguridad a la consideración de un fraude de ley culposo a través de la exclusión del tipo penal por un acto precedente, pues la acción realizada con antelación es un acto preparatorio del resultado final. En los delitos culposos no es posible hablar de actos preparatorios pues no existe un plan delictivo; por ello el resultado final, si el hecho se presenta en dos momentos distintos, se debe a la puesta en peligro que inicialmente se realizó y a la consumación del mismo como un hecho culposo, pero no puede decirse que entre ambos momentos existe conexión pues ésta es propia de los tipos dolosos.

Un ejemplo de la exclusión dolosa de un elemento objetivo del tipo penal de manera autónoma, se presenta en el caso ya expuesto de la ruptura de un cheque ajeno que no constituye el delito de daños por no compararse la materialidad del cheque, visto éste como un título valor, con el concepto de cosa ajena requerido por el tipo penal. Así como tampoco el perjuicio patrimonial es equiparable con el delito de daños, estrictamente.

En estos casos el bien jurídico se ve lesionado, pero la conducta no es acorde con los elementos descritos por el tipo penal de daños en los que puede recaer la acción delictiva. Es por eso que se ha considerado llamar a este tipo de fraude como “Comisión Fraudulenta del Tipo Penal de Manera Autónoma”, pues la acción por sí sola es fraudulenta del precepto penal.

Un ejemplo de la exclusión del elemento objetivo a través de una acción precedente, lo da el Dr. Castillo González al referirse sobre el conocido caso del Banco Anglo Costarricense, mediante el cual los imputados siendo funcionarios públicos habían utilizado dinero de la entidad bancaria para realizar inversiones prohibidas. Dicho dinero para la fecha de tales inversiones había sido extraído con antelación de su custodia, último requisito, necesario para cometer el delito de peculado¹.

Si bien es cierto el fraude de ley, desde la tipicidad del delito, se estudia como la forma comisiva de los tipos penales, como se explicó anteriormente; esta figura no es aplicable a la evasión de la norma de tipos culposos, aunque

¹ Ver en igual sentido. CASTILLO GONZÁLEZ. “**Ciencias Penales...**”. p. 71-72.

su estudio sí es admitido en etapas posteriores como la antijuricidad y culpabilidad del hecho.

El problema con un hecho precedente es la temporalidad que existe entre éste y la lesión efectiva al bien jurídico. Este hecho precedente puede ser realizado de manera aislada, pues se presenta en un momento en el que la conducta no es aún prohibida; por ello, su sola comisión no da paso a la tentativa. Si no existe una lesión directa al bien jurídico este hecho por sí solo es atípico, podría hablarse de un acto preparatorio. La puesta en peligro se da al acercarse a la conducta que materializa el resultado, el bien jurídico debe realmente estar en riesgo.

Lo importante de realizar esta distinción es que una conducta aislada que busque la exclusión de un elemento objetivo del tipo penal realizada por un tercero, y la posterior lesión al bien jurídico sin acuerdo previo, sin un plan de autor definido, es una conducta atípica.

Puede decirse que se crea un peligro para el bien jurídico con la exclusión del hecho precedente, que se ve materializada por el plan de autor. Pero el aumento del riesgo o la creación de un peligro por sí mismas en estos casos no serían punibles, pues son sancionadas como tales hasta el momento en que se vulnera el bien jurídico, casos en los que podría existir tentativa.

Ahora bien, también se puede hablar de hecho precedente, en la comisión de tipos penales fraudulentos de manera omisiva, pero atendiendo a una posición de garante.

Los delitos de comisión por omisión solo son sancionados cuando existe una posibilidad real de evitar el resultado y el deber de hacerlo, lo que fundamenta la posición de garante, por eso se dice que en estos delitos lo que existe es un deber de evitación del resultado. Ahora bien, para estudiar el Fraude de Ley, en estos casos la posición de garante puede venir por injerencia, que se presenta por *“la creación de un hecho precedente creador de un peligro para el bien jurídico, que obliga al autor del acto precedente a impedir el resultado”*¹.

En la creación de un peligro de manera culposa y la posterior omisión para evitar el resultado lesivo, no se puede hablar de comisión por omisión por

¹CASTILLO GONZALEZ (Francisco). **El delito de omisión impropia**. San José, editorial jurídica continental, primera edición, 2007. p 213

injerencia culposa, pues el resultado se debe a la acción culposa inicial y así debe atribuirse, pues la posterior omisión culposa se atribuye a la acción principal. La conexión de la omisión con el acto precedente no existe, pues en los delitos culposos no existe la voluntad de cometer el hecho con conocimiento del acto previo, así como tampoco se puede realizar la comparación con un acto preparatorio admisible sólo en los delitos dolosos.

Recuérdese que la teoría del fraude de ley habla de la utilización de una norma o de la creación de una conducta que en apariencia es legal pero que resulta lesiva para otra norma que vendría a ser el precepto evadido. Aquí se parte del estudio de conductas que resultan legales en virtud de que son evasivas del tipo penal.

Es importante valorar que los casos en Fraude de Ley estudiados por la exclusión de algún elemento objetivo del tipo penal, no coinciden con la puesta en peligro y la materialización del mismo en el resultado lesivo, expuesto por la teoría de la imputación objetiva. La diferencia de la creación del riesgo en el fraude con la imputación objetiva es que en el fraude el hecho precedente siempre va a ser analizada como un *“peligro permitido, por eso la negación de la imputación objetiva”*.¹

La jurisprudencia alemana ha dicho que el fundamento de la injerencia es el principio no escrito que obliga a quien ha puesto en marcha una cadena causal a evitar consecuencias lesivas para el bien jurídico de esa cadena causal.²

Lo importante es valorar cuándo la exclusión está presente y estudiar si corresponde a una acción fraudulenta autónoma o precedente, valorar el elemento subjetivo en cada tipo y la conducta como activa o pasiva para determinar la solución correcta al caso.

¹ Ver CASTILLO GONZALEZ. “El delito de omisión...” p 142

² RG 46/343 (1912), RG 58/132 (1924). Citado por. **Ibíd.** p 216

Sección II

Posibles soluciones al fraude de ley en la tipicidad.

Parte A

Exclusión autónoma

Ejemplo de la exclusión autónoma de algún elemento objetivo del tipo penal, se presenta con el caso ya expuesto de la ruptura de un cheque ajeno que no constituye el delito de daños por no compararse la materialidad del cheque, visto éste como un título valor, con el concepto de cosa ajena requerido por el tipo penal. Así como tampoco el perjuicio patrimonial es equiparable con el delito de daños estrictamente. Díaz y García Conlledo critica a Blanca Celia Suay Hernández, autora española, en cuanto ésta señala que en estos casos “...la interpretación dogmática necesariamente ha de completar la construcción del tipo...”¹, señalando dicho autor que en estos casos la interpretación va más allá del tenor literal posible, al ampliar la responsabilidad penal y vulnerar abiertamente el principio de legalidad².

Suay Hernández, con esta afirmación lo que pretende es recurrir a una interpretación extensiva del tipo penal, de manera que atendiendo al espíritu de la norma ésta debe ser complementada y no limitarse por cuestiones de mera literalidad. Parece más acertada la crítica de Díaz Y García Conlledo, quien afirma que en tales casos se perdería la seguridad jurídica y la función del tipo penal.

Cuando el hecho se realiza de manera inmediata y la conducta por sí sola es exclusiva del tipo penal, la única respuesta posible a tal situación es calificar el hecho como atípico y por ende la acción es impune. Lo anterior en razón de que en los casos en los que el elemento objetivo sobre el que recae la acción, por ejemplo, no puede asimilarse con el descrito por el tipo penal sin recurrir a la analogía o a la interpretación extensiva, lo que atenta contra el principio de legalidad. De igual manera sucede cuando la forma de participación o de coautoría no es posible. Anteriormente se expuso, que no se puede equiparar el cheque como título valor con el concepto de cosa ajena

¹ SUAY HERNANDEZ (Blanca Celia). **Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños**. PPU, Barcelona, 1991, p 130. **Citado por** DIAZ Y GARCIA CONLLEDO. **Op.cit.**, p 369.

² Ver en igual sentido. **Ibíd.** p. 369

descrita por el tipo penal de daños, en consecuencia el ejemplo citado conduce a la atipicidad del hecho. Se vio cómo algunos autores pretenden señalar que la interpretación extensiva difiere en gran medida de la interpretación analógica. La primera es una interpretación que atiende el bien jurídico tutelado y amplía el significado de la norma a conceptos que se creen inmersos en el tipo penal, aún sobre el sentido estricto de las palabras.

Resolver los casos cometidos en fraude de ley en la tipicidad del hecho, por medio de la interpretación extensiva, atenta contra la seguridad jurídica de los ciudadanos, pues se compara con la interpretación analógica; mediante ella, casos no previstos en el tipo pueden ser sancionados y esto es inconciliable en el derecho penal. Esta rama del derecho es la última ratio y cuenta con las sanciones más graves del ordenamiento, entre éstas la prisión. Es por eso que aplicarlo de manera tan abierta, atenta contra la seguridad social y contra la libertad de los individuos.

Es importante ver que los casos de exclusión del tipo penal no son conductas atípicas por discriminación, en aplicación del carácter fragmentario del derecho penal. Se trata de conductas que resultan lesivas de determinado bien jurídico protegido, pero que además dicha lesión es acorde con el fin de protección que se quiso dar a través de la norma. Por eso es que se conoce como fraude de ley, pues se evade la norma, se violenta el bien jurídico protegido por la misma, pero no se sanciona la conducta por resultar atípica.

El problema con el fraude de ley, por exclusión de un elemento objetivo del tipo penal, se resuelve de manera tal que cuando existe unidad de acción y el hecho por sí mismo, resulta excluyente de algún elemento objetivo del tipo, la conducta resulta atípica. Esto, porque la única manera de sancionar estas formas delictivas es acudiendo a los sistemas de interpretación, como la analogía o la interpretación extensiva, ambas prohibidas en el derecho penal.

En conclusión, sí faltan, en algún momento, uno o varios elementos objetivos del tipo, en el caso sometido a análisis y la exclusión se presenta en el momento mismo de la comisión del hecho; se concluye que no hay tipicidad, aunque la lesión al bien jurídico esté presente.

Al respecto se ha dicho: *“Si el agente excluyo dolosamente, mediante una acción precedente un elemento del tipo objetivo, ese comportamiento en fraude de ley cabe dentro del sentido de la norma. Pero ateniéndonos al texto*

*de la norma, la norma evadida no puede cobijar la conducta realizada en fraude de la ley. El comportamiento realizado en fraude de la ley y la norma cuya aplicación evadió el agente son conceptos contradictorios. Para aplicar la norma evadida a ese comportamiento es necesario superar el sentido posible de las palabras contenidas en el texto legal, lo cual significa una aplicación analógica prohibida”.*¹

Cuando la evasión de la norma se presenta en un momento precedente, al atender al plan de autor, la conducta puede ser subsumida en el tipo penal. Pero, cuando el hecho se realiza a través de un solo acto, la única forma de sancionar la conducta realizada con exclusión de un elemento objetivo del tipo penal, es recurrir a la analogía o a la interpretación extensiva; esto, es prohibido en el derecho penal, como se acaba de ver. La imposición de interpretar restrictivamente el tipo penal, lleva consigo la prohibición de interpretar el tipo penal extensivamente. En este sentido debe tenerse mucho cuidado, pues algunos autores están de acuerdo con el sentido material posible del tipo y otros lo rechazan de plano.

La situación es distinta cuando se trata de un delito culposo, pues hablar de una exclusión autónoma de algún elemento objetivo de un tipo penal culposo, es hablar de la exclusión del resultado mismo. Por ello, la conducta no sería ni siquiera fraudulenta sino simplemente atípica, pues en los tipos culposos el objeto sobre el que recae la acción se encuentra estrechamente relacionado con la lesividad del hecho.

Parte B

Exclusión por un acto precedente, delitos de acción.

Para la evasión de la norma estudiada en la comisión misma del hecho, exclusión autónoma, como para la realizada a través de un hecho precedente, no se puede recurrir a la analogía ni a la interpretación extensiva. En el derecho penal no existe norma alguna que equipare la evasión de la norma con su violación.

¹ CASTILLO GONZALEZ. “Ciencias Penales...” p. 70

Al respecto el Dr. Francisco Castillo señala: *“...si el agente excluye, por un acto previo, un elemento del tipo objetivo, no se puede equiparar la evasión de la ley con su violación. Esto es así por dos razones: en primer lugar, debido al carácter formal que tiene el principio de legalidad en materia penal, que prohíbe la analogía in malam partem; en segundo lugar, por el carácter fragmentario del derecho penal, que impide que, bajo el pretexto de una mejor protección del bien jurídico concernido por el tipo penal, se extiendan los límites de la tipicidad prefijados por el legislador.”*¹

El artículo 20 del Código Civil costarricense sí cumple dicha función, pero en el derecho penal tal regulación no existe, pues el señalar que una conducta evasiva es similar a la violación de la norma, sería asegurar que pueden sancionarse todas las posibles lesiones hipotéticas y existentes de un bien jurídico, aún y cuando no quepan dentro del tipo penal; consecuentemente sería admitir la analogía como forma de integración de los tipos penales.

Cuando la exclusión del elemento del tipo penal se presenta por medio de un hecho precedente, la conducta sí puede ser sancionada; lo anterior en vista de que esta evasión forma parte de un plan de autor definido, que va dirigido a lesionar determinado bien jurídico. La diferencia con la comisión del hecho, como una sola conducta, es que éste no resulta típico de manera autónoma, mientras que si la exclusión se realiza por un acto precedente, se puede valorar la existencia de un plan de autor definido, que tienda a la lesión del bien jurídico y dentro del cual forma parte dicha exclusión. Al momento de la lesión, la conducta es atípica, pero visto el plan de autor y al valorarse que dicha atipicidad se debe a una exclusión precedente, el hecho puede ser sancionado. La exclusión, en estos casos, puede definirse claramente como un acto preparatorio.

Es por tal razón que la sanción del fraude partiendo de un acto precedente exclusivo del tipo, es únicamente aplicable a los delitos dolosos, pues no se puede hablar de plan de autor definido en los tipos penales culposos.

No puede existir acción precedente culposa y posterior lesión dolosa, pues en tales casos serían delitos independientes, tipo culposo y las

¹CASTILLO GONZALEZ. “Anuario de Derecho Penal...”. p. 324

consecuencias del mismo y la posterior responsabilidad dolosa que anularía la acción culposa.

Es distinta la valoración que se hace de esta exclusión a la que se realiza en la *actio libera in causa*, pues en estos casos se habla de la exclusión de la capacidad de conocimiento o de la conciencia del autor. Por ello, se complica la atribución del hecho y su clasificación como doloso o culposo, toda vez que lo que se cuestiona es la exclusión de dicha capacidad y la comisión del delito en el posterior estado de inimputabilidad. Cuando se habla de la exclusión de algún elemento objetivo de la tipicidad y no de la capacidad del autor, siempre se parte de la existencia de un plan de autor definido. Aquí, lo importante es que la lesión al bien jurídico sea de manera dolosa y que se pueda manifestar claramente el plan para poder sancionar la conducta. En la *actio libera in causa* la conducta se clasifica de acuerdo con el elemento subjetivo presente en la creación del peligro relevante; en estos otros casos, con la lesión efectiva del bien jurídico.

En conclusión la exclusión de un elemento objetivo del tipo penal no genera mayores problemas prácticos, pues debe valorarse como un simple plan de autor, que tienda a la evasión de la norma; en tal supuesto, se justifica su sanción. Así lo hizo ver la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante el Voto número 822-03 que se analizará con más detalle¹.

Debe tomarse en cuenta que la exclusión a través de un acto precedente no es aplicable a los delitos de peligro, pues son ilícitos en los que se sanciona la conducta de acuerdo con el peligro ya creado. Incluso, se indica que se adelanta la punición de los hechos a actos preparatorios, por lo que hacer tal diferenciación no tiene mayor sentido.

Al respecto se dice: *“En los delitos de peligro concreto el peligro es parte del tipo penal y tiene que comprobarse para tener el tipo penal por completo. Los delitos de peligro abstracto son siempre delitos de mera actividad cuya punibilidad descansa en la peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, según la valoración del legislador”*.²

¹ Ver en igual sentido. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 2003-00822 de las diez horas cincuenta minutos del veintidós de setiembre de dos mil tres.

² CASTILLO GONZALEZ. “**El bien jurídico...**” p. 77

La valoración final lleva a considerar que la exclusión de un elemento del tipo penal, en un delito de acción, sólo es un acto preparatorio para la comisión del hecho aplicable a los delitos de resultado. No es posible atribuir responsabilidad por un hecho precedente exclusivo de un elemento objetivo del tipo penal por medio del plan de autor, a los delitos de peligro, a los delitos culposos, ni a los delitos de comisión por omisión en lo que la solución es distinta.

Parte C

Exclusión por acto precedente, delitos de omisión.

Ahora bien, la comisión de un tipo penal en fraude de ley puede ser sancionada, al atender al plan de autor, sólo si el tipo es de acción. Cuando se está ante un delito de omisión, sólo será sancionado si es de comisión por omisión, donde exista posición de garante.

En el delito de acción no se necesita justificar la acción precedente como causal de una posición de garante, pues el hecho lesivo también es activo. Sin embargo, cuando tal hecho es propio de una omisión, debe acudirse a los delitos de comisión por omisión para establecer la relación de causalidad y establecer la responsabilidad por el hecho.

También se puede hablar de plan de autor; el problema se presenta con la relación de causalidad. En los delitos de comisión por omisión, la relación de causalidad se establece por el deber de no actuar que impone la norma por una condición especial del sujeto autor del hecho. Por ejemplo, en los delitos cometidos por funcionarios públicos quienes poseen: *“una posición de garante a raíz de la condición de funcionario”*¹. El problema con el plan de autor, es que éste no funciona para establecer la relación de causalidad en los delitos de comisión por omisión.

Para recurrir a la sanción del fraude de ley por medio de un delito omisivo debe acudirse a la imputación de un hecho de comisión por omisión, en virtud de una posición de garante por injerencia. Injerencia que viene dada

¹ Ver. CASTILLO GONZALEZ. “El delito de Omisión...”, p. 190

por el acto precedente, preparatorio, que tratar la exclusión del tipo penal en hechos activos.

El Dr. Francisco Castillo señala: *“Hay un fundamento general de todas las posiciones de garante: es la situación de desprotección de la víctima con relación al autor, tomada en consideración por la ley o causada por el omitente al realizar acciones precedentes o tener bajo su dominio cosas que elevan el peligro para el bien jurídico”*.¹

La posición de garante se justifica en la exclusión del elemento objetivo del tipo penal como creación de un riesgo para el bien jurídico que pretende proteger la norma, así: *“En el caso de la injerencia, podría decirse que existe un principio de derecho consuetudinario conforme al cual quien ha creado una fuente de peligro debe vigilar los peligros derivados de ella”*.²

Se dice que: *“Una obligación de garante la tiene quien es especialmente obligado a vigilar una determinada fuente de peligro y a impedir, de manera general, que los bienes jurídicos sean lesionados por la realización del peligro. Estas obligaciones nacen para el garante por injerencia así como para aquellos que tienen un poder fáctico sobre cosas que son una fuente de peligro y que por tanto deben cuidar que se cumplan los requerimientos del tráfico normal de cosas”*.³

En vista de tal obligación, de evitar la lesión al bien jurídico, es que tiene sentido la sanción por la violación a tal mandato. Pero, la posición de garante por injerencia puede venir por la exclusión de un elemento objetivo del tipo penal, como creación de un riesgo para el bien jurídico que queda desprotegido en vista de la evasión de la norma. Sobre tal fundamento puede establecerse la relación de causalidad cuando la consumación del hecho se realiza a través de una omisión.

El Dr. Francisco Castillo nos ilustra al respecto: *“...para sancionar la conducta en fraude de ley a través de un hecho precedente debe recurrirse a los delitos de comisión por omisión...no se puede hablar de plan de autor porque este es propio de un delito de acción...”*⁴

¹ Ver. CASTILLO GONZALEZ. “El delito de Omisión...”, p. 160

² *Ibíd.* p. 129

³ *Ibíd.* p. 135

⁴ **Entrevista con el Dr. Francisco Castillo González.** Abogado litigante, 2 de mayo del 2009.

Refiere el Dr. Castillo González que el plan de autor es propio de los delitos de acción; pero, con el respeto de su posición merece, se considera que sí puede haber un plan de autor definido en los delitos de comisión por omisión, para obtener determinado resultado ilícito. En estos casos resulta también necesario, pues se parte de la idea de que el hecho debe ser doloso y que existe conocimiento del acto precedente. Dicho acto precedente puede realizarse bajo cualquier elemento subjetivo siempre que la omisión que causa la lesión o el resultado perseguido sea dolosa.

Este no es un problema de dolo subsiguiente, pues se presenta en la omisión que causa la lesión y no después del resultado lesivo como ocurre en estos tipos de dolo. Rechazar también la posibilidad de un plan de autor en los delitos de comisión por omisión cuando la posición de garante es por injerencia, no resulta correcto, pues el acto precedente puede estar claramente encaminado a la producción omisiva del resultado. El problema se genera porque la acción lesiva es de omisión, no se parte de la idea de que ambos actos o conductas sean aislados.

Lo importante es la creación del riesgo materializado en la exclusión de elemento requerido por el tipo y la obligación de evitar la lesión. Se parte de la idea de que el hecho precedente se puede comparar con un acto preparatorio y en consecuencia creador de un riesgo, que puede ser permitido, pues la doctrina no exige que este hecho precedente sea antijurídico. Jakobs dice, refiriéndose a la injerencia por un hecho previo: *“Parece claro que la fórmula de antijuricidad es demasiado estricta. Los deberes de injerencia no solo quedan fundamentados por un comportamiento antijurídico, sino por cualquier comportamiento previo mediante el cual se asuma frente a la víctima un riesgo especial”*.¹

Aclara Jakobs nuevamente: *“...no solo un comportamiento antijurídico, sino cualquier asunción de un riesgo especial, es decir, de un riesgo cuya neutralización sea cometido del autor de acuerdo con la asignación hecha por el ordenamiento jurídico”*.²

¹ GÜNTHER (Jakobs). **Injerencia y dominio del hecho**. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, primera edición traducida por Manuel Cancio Meliá, 2001.p 21

² *Ibíd.* p 58

Esta es la posición que se apoya y sostiene, exigir que el hecho precedente sea antijurídico requiere también atribuirle un contenido injusto, lo que supone la existencia de dos lesiones en momentos distintos a determinado bien jurídico y no un fraude como tal respecto a uno solo.

Es un riesgo especial, no exige que sea antijurídico, pero tampoco puede atribuirse a todas las causales en general. El Dr. Francisco Castillo, también se refiere al tema y señala como características del mismo: *“...el hecho previo debe causar el peligro cercano de la producción de un resultado típico, debe contener la contrariedad con el deber que consiste en la lesión a una norma que sirva para la protección del bien jurídico correspondiente...”*¹ Por último se exige que el hecho sea antijurídico, pero Castillo González al oponerse a este punto, cita a Kugler, Jescheck, Rudolphi, Hirsh, e indica: *“...el peligro de una lesión al bien jurídico existe cuando, a raíz de la situación creada, puede preverse objetivamente como probablemente cercana la producción del resultado típico, que obliga al autor al impedimento del resultado y a realizar las correspondientes medidas de salvamento...”*² También hace referencia a Roxin, quien expone: *“Lo anterior significa que la situación de desamparo de la víctima debe ser obra del autor, situación que obliga a impedir el resultado”*.³

Lo que estos autores refieren es que la conducta no debe ser antijurídica, sino atribuible al autor del hecho, quién gracias al peligro creado por su acto precedente se encuentra obligado a impedir el resultado. Este peligro debe ser objetivamente atribuible al autor de la omisión y subjetivamente señalado de acuerdo con el plan de autor existente solo en los delitos dolosos. En el fraude de ley por exclusión de un elemento objetivo del tipo penal, las circunstancias deben apreciarse de manera distinta, pues esta exclusión no puede ser culposa. No existen actos precedentes en los delitos culposos pues no existe plan de autor. Este punto sí es aceptado en las demás posiciones de garante por injerencia, pues en tales supuestos se parte de que en el momento precedente el imputado puede no tener conocimiento del peligro que realiza y posteriormente no evitarlo, por una falta al deber de cuidado.

¹ CASTILLO GONZÁLEZ. “El delito de Omisión...” p. 164

² KUGLER, JESCHECK, RUDOLPHI, HIRSCH Citados por. *Ibíd.* p 222

³ ROXIN Citado por. *Ibíd.* p. 222

Pero en estos casos el conocimiento sobre tal exclusión es el fundamento mismo de la injerencia.

Tampoco se puede hablar de exclusión de un elemento objetivo del tipo penal al partir de un hecho precedente omisivo, pues la exclusión requiere de hecho activo, de la previsión de tal supuesto, de forma que la omisión pueda atribuirse en virtud de tal exclusión. Hablar de una omisión como precedente de otra omisión no tiene gran sentido al valorar los efectos físicos de los hechos en general. Estudiar la evasión pasiva de una norma sería como valorar un no hacer que no tiene mayores consecuencias en el mundo real, pues no existe una causa de la omisión a la que se pueda atribuir el hecho.

No se puede hablar de tentativa por la exclusión de un elemento objetivo del tipo por un hecho precedente; puede compararse con un acto predatorio o riesgoso, pero no puede asimilarse a la tentativa. Este hecho, de manera aislada, es atípico y no genera ningún peligro para el bien jurídico tutelado.

CAPÍTULO II

EL FRAUDE DE LEY COMO TIPO PENAL INDEPENDIENTE Y ESTUDIO DEL CASO DEL BANCO ANGLO COSTARRICENSE COMO DELITO COMETIDO EN FRAUDE DE LEY.

Sección I

El fraude de ley, análisis del tipo especial previsto en la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública.

Parte A

Clasificación del tipo penal.

Al iniciar la presente investigación se hizo referencia al tipo penal conocido como fraude de ley, previsto en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito. Al respecto el artículo 5 de la citada ley indica:

***“Fraude de ley.** La función administrativa ejercida por el Estado y los demás entes públicos, así como la conducta de sujetos de derecho privado en las relaciones con estos que se realicen al*

amparo del texto de una norma jurídica y persigan un resultado que no sea conforme a la satisfacción de los fines públicos y el ordenamiento jurídico, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma jurídica que se haya tratado de eludir”.¹

Así el artículo 58 sanciona el fraude de ley al indicar:

“Fraude de ley en la función administrativa. Será penado con prisión de uno a cinco años, el funcionario público que ejerza una función administrativa en fraude de ley, de conformidad con la definición del artículo 5 de la presente Ley. Igual pena se aplicará al particular que, a sabiendas de la inconformidad del resultado con el ordenamiento jurídico, se vea favorecido o preste su concurso para este delito”^{8.2}

El tipo penal que define el fraude de ley en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, es un tipo penal abierto que debe ser completado con la definición de fraude de ley que hace el artículo cinco de la misma ley. Pero este último artículo que tiene gran incidencia en el tipo penal es una norma jurídica en blanco, porque remite para la definición del supuesto de hecho del fraude en la función administrativa, a la apreciación de dicha figura, dentro de ésta rama del derecho y la hace depender de la interpretación de las distintas normas administrativas.

El artículo 58 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública es un tipo penal que sanciona el fraude en la función administrativa y no el fraude como forma de comisión de los tipos penales. Es a partir del mal uso que se le dé a la normativa y su carácter contrario con los fines públicos lo que define el fraude de ley en esta materia y que posteriormente es sancionado dentro del derecho penal.

Para entender la naturaleza de este tipo penal, se entiende que: *“Los tipos penales abiertos, son incompletos en el sentido de que, sin las referencias a la antijuricidad, los mismos no fundamentan ni indican el injusto de la conducta, ni siquiera cuando no hay causas de justificación”*.³

¹ Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Art. 5

² *Ibíd.* Art. 58

³ Ver GARCÍA Y CONLLEDO. *Op.cit.*, p. 107

Se dice también que: *“La existencia de estos tipos abiertos se debería a una imposibilidad técnica de relacionar en el tipo todos los supuestos de antijuricidad o bien pura y simplemente a un defecto de técnica legislativa”*.¹

Al no poderse definir en el tipo penal en estudio todos los casos posibles de fraude de ley, la ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública se encarga de definir cuáles son los parámetros que deben tomarse en cuenta para la definición de la figura, tales como la vulneración del fin público y del ordenamiento jurídico.

Algunas veces se confunde el tipo penal abierto y el tipo penal en blanco. Abierto es el tipo penal que debe ser interpretado de acuerdo con la misma normativa penal, por resultar impreciso y en blanco es aquel que remite a otras normas ajenas a la materia para entender su aplicación.

Las leyes penales en blanco: *“...son aquellas leyes penales que relacionan su amenaza de pena con un comportamiento descrito típicamente de manera total o parcial por otras fuentes jurídicas”*.²

Su remisión a otro ordenamiento supone la falta de supuestos que fundamentan la antijuricidad: *“...en los hechos de valoración global del hecho se contienen también, como sabemos, los presupuestos negativos del juicio de antijuricidad, cosa que no sucede en las leyes penales en blanco, ya que para nada aparecerán las causas de justificación en la norma de referencia y, de hacerlo, no serán las únicas posibles”*.³

Tipos penales en blanco son aquellos cuyo supuesto de hecho aparece consignado o complementado, total o parcialmente, en una norma de carácter no penal tal y como sucede con la interpretación del fraude en el derecho administrativo.

La ley penal en blanco se ha definido así: *“...es aquella que determina la sanción aplicable, describiendo solo parcialmente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica a la cual reenvía expresa o tácitamente.”*⁴

Una vez precisado el supuesto de hecho la norma es tan completa como cualquier otra norma. Una buena técnica legislativa de los tipos penales en

¹ LUZON PEÑA. Citado por. GARCÍA Y CONLLEDO. *Op.cit.*, p. 108

² WARDA. Citado por. *Ibíd.* p 124

³ *Ibíd.* p 131

⁴ CURY (Enrique). *La ley Penal en Blanco*. Bogotá, editorial TEMIS S.A., primera edición, 1988. p. 38

blanco se describe así: *“Para que sea viable este mecanismo tanto en el ámbito legislativo como judicial sin vulnerar los principios constitucionales, es necesario, en todo caso, que se cumplan con diversos requisitos: 1) que el núcleo esencial de la prohibición exista y la norma contenga, además, la pena. 2) que el complemento exigido por la descripción típica haya sido objeto de consagración por parte del legislador, de tal manera que no se vulnere el principio de taxatividad o de certeza y no quede en entredicho la seguridad jurídica 3) finalmente que la remisión legislativa sea expresa, y se justifique atendiendo el bien jurídico protegido. De lo contrario la utilización de este mecanismo es completamente ilegítima, arbitraria, caprichosa y pugna con el modelo de Estado Social y democrático de derecho”*.¹

Efectivamente se puede definir el artículo 58 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública como un tipo penal abierto, pues el concepto de fraude de ley viene definido por el artículo 5 del mismo cuerpo normativo, que resulta a su vez, ser una norma aclaratoria del tipo penal y también una norma en blanco.

Sobre estas normas se ha dicho: *“Las normas incompletas, aclaratorias, solo sirven para determinar más concretamente el supuesto de hecho, un elemento del supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de una norma penal completa, sea para delimitarlos o completarlos”*.²

Ahora bien, como dicho artículo para definir el fraude de ley se refiere a la apreciación de términos como el orden público y ordenamiento jurídico, amplía la gama de posibles valoraciones para establecer el fraude de ley en la función pública y lo convierte en un tipo penal en blanco.

La remisión expresa a la norma se encuentra presente, pues el tipo penal señala cuál es el concepto y los principios por tomar en cuenta para la presencia del fraude de ley. Al aplicar todos los principios procesales administrativos, la posibilidad de interpretación se abre al tornar, en impreciso, el tipo penal que sanciona el fraude.

El tipo penal es abierto, pero resulta contradictorio con el principio de legalidad penal al remitir a la definición de fraude que se expone en la misma ley; dicha norma es un regulación en blanco que debe ser interpretada de

¹ Ver VELASQUEZ VEKASQUEZ. *Op.cit.*, pp. 109-110

² *Ibíd.* p. 107

acuerdo a los principios que rigen el derecho administrativo en el que la interpretación analógica si es permitida.

Parte B

Limitaciones, características especiales del tipo penal.

La ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública sanciona una misma conducta en dos ramas distintas del derecho: la penal como consecuencia de la cometida en el derecho administrativo.

Respecto de la extensión del derecho penal, a estas nuevas figuras y la ambigüedad en la dependencia de las mismas, Guillermo Ruiz Zapatero, al estudiar el fraude de ley tributario en el derecho penal español, algo muy similar a lo estudiado en relación con el tipo penal del Fraude analizado, sostiene: *“Cualquier ilícito penal cuya apreciación requiera (enfrentar) dos cumplimientos en principio posibles de una determinada legalidad para desechar uno como penalmente típico solo por contraste con el otro, contraría la función de última ratio del derecho penal, que no es determinar las consecuencias jurídicamente exigibles en algún ámbito del ordenamiento, sino sancionar la realización de un tipo penal cuya integración no precisa de la determinación jurídica por el juez penal de la consecuencia jurídica alternativamente procedente en un ámbito jurídico extrapenal”*.¹

Lo que sucede en estos casos es que para la configuración del fraude de ley tal y como se prevé, es necesario determinar si éste existe en el derecho administrativo y posteriormente entrar a conocerlo como un tipo penal. El fraude de ley, como tipo penal, es cometido con la acción misma con la que vulnera la función del cargo público desempeñado. Pero, la apreciación de dicha figura sólo puede realizarse estudiando el ordenamiento jurídico administrativo, que es el que regula la función pública y la intervención del sector privado ligado a ésta. Es así como existe una limitación para aplicar el tipo penal denominado Fraude de Ley, pues recurrir a las normas administrativas para interpretar dicha norma, remite consecuentemente a

¹ Ver RUIZ ZAPATERO. *Op.cit.*, p. 26

aplicar principios procesales administrativos y genera un alto grado de inseguridad jurídica en la conformación del tipo penal en estudio.

Respecto a la calificación de un delito y su dependencia a otra rama del derecho, se ha cuestionado lo siguiente: *“No es sólo una cuestión de prejudicialidad penal, aunque este aspecto también nos parece innegable, sino sobre todo una cuestión acerca de si la entrega al juez penal de dicha determinación jurídica alternativa es compatible con el principio de legalidad penal”*.¹

El juez penal debe, en estos casos, analizar la definición del fraude de ley en la función pública, de acuerdo con los principios que rigen esta materia y una vez determinada esta posibilidad, entrar a valorar los elementos subjetivos presentes para valorar la existencia del tipo penal, ya que los elementos objetivos son los mismos. Parece que el estudio es un poco complejo, pero en definitiva se cree que esa es la única solución posible a la aplicación de este tipo penal, pues aún no existe jurisprudencia al respecto. Para rescatar esta doble legalidad puede argumentarse que la sanción administrativa y la penal no son excluyentes, pero el problema es generado porque la calificación penal depende de la administrativa, pues no se trata de un problema de sanciones sino de integración.

El Dr. Francisco Castillo al ser consultado sobre dicho tipo penal, ha manifestado: *“...no sé como van a aplicar ese tipo penal...”*²

La necesidad de acreditar el elemento subjetivo para comprobar la existencia del tipo penal siempre se mantiene, no se exige el conocimiento sobrevalorado de la antijuricidad del hecho o el conocimiento de dicha antijuricidad, al menos en el derecho administrativo; se habla de que con el mismo acto se define el fraude de ley y en consecuencia se presenta la sanción penal.

De igual forma, el conocimiento sobre la normativa administrativa y sobre la actuación fraudulenta debe apreciarse como un elemento normativo del tipo penal, cuya apreciación errónea conduce a un error de tipo y no de prohibición.

¹ Ver RUIZ ZAPATERO. *Op.cit.*, p. 26

² Entrevista con el Dr. Francisco Castillo González. Abogado litigante, 2 de mayo del 2009.

La apreciación de la norma administrativa es la que puede crear inseguridad jurídica e incerteza para la aplicación del tipo penal.

Señala el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública:

“1) Las normas no escritas, como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. 2) Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley. 3) Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior.”¹

El artículo 9 de la misma ley expresa:

“1) El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otras ramas del derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios. 2) Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios”.²

Aplicar los principios generales del derecho o cualquier otra fuente del derecho distinta de la ley penal para integrar la tipicidad de un hecho, suplir su insuficiencia o su ausencia, o integrar la norma asumiendo funciones legislativas, es aplicar la analogía tal y como se estudió al inicio de la presente investigación. Analogía que tiene gran incidencia en la integración de un tipo penal, generando gran inseguridad e incerteza jurídica, por dejar de manera abierta las posibilidades de aplicación.

El derecho penal impide la primacía de los principios y el espíritu de la norma por sobre las reglas mismas, tal y como se admite en el derecho civil, por ejemplo. El tipo penal que sanciona el fraude de ley, pretende proteger los

¹ **Ley General de la Administración Pública con jurisprudencia constitucional, laboral, penal, contencioso administrativa, incluye resoluciones sobre procedimiento administrativo y debido proceso.** Ley N° 6227 del 10 de mayo de 1978, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., tercera edición, preparada por Jorge Córdoba Ortega, 2005, 705p. Art. 7

² **Ibíd.** Art. 9

deberes de la función pública y el ordenamiento jurídico, sin embargo, para su interpretación depende del bien jurídico protegido por cada norma especial administrativa que sea vulnerada; esta situación lo torna ambiguo.

Ruiz Zapatero al respecto advierte: *“El tipo penal incluiría, por remisión, como conducta típica una conducta que admite una doble calificación legal y que, por ello, podría resultar legalmente permitida y no prohibida. Esta superposición nos parece incompatible con el principio de legalidad y seguridad jurídica”*.¹

Definir el fraude de ley, de acuerdo con criterios muy abiertos de apreciación, genera la posibilidad de que conductas similares puedan ser calificadas o no como tales y esta inseguridad se torna gravísima a la hora de integrar un tipo penal.

Al ampliar un poco más sobre el tema y hacer la comparación con el derecho tributario español, en el que existe un tipo penal que también sanciona el fraude tributario, pero lo confunde con otras figuras como la simulación. Guillermo Ruiz Zapatero dice: *“La función de garantía del tipo penal exige que la conducta tipificada esté legalmente cerrada, y dicha circunstancia es de imposible cumplimiento cuando una misma conducta es susceptible de ser valorada en un doble plano de legalidad bien como tributariamente permitida (neutral) o bien como tributariamente prohibida (rechazada), siendo dicha valoración-que no es una mera interpretación o aplicación de una norma penal-la que cierra ex post facto el tipo que, en consecuencia, no podría entenderse realizado con carácter previo a dicha valoración y cierre. Ni es ésa la función del juez penal, ni en, nuestra opinión tendría sentido, por exigencias del principio constitucional de legalidad penal, dar relevancia penal a conductas no expresamente tipificadas y que no infringen una regla de mandato”*.²

En consecuencia, hablar de márgenes de interpretación cuando se recurre a los principios generales del derecho, a la costumbre incluso, es hablar de analogía en derecho administrativo. Esto, es lo mismo que aplicar la analogía en derecho penal consecuentemente. Se varían así los elementos objetivos del tipo penal; pues, resultan indeterminados o demasiado abiertos.

¹ Ver RUIZ ZAPATERO. *Op.cit.*, p 307

² *Ibíd.* p. 115

Ruiz Zapatero indica que para el funcionamiento de un tipo penal como el analizado, es necesaria una “cláusula de remisión inversa”, que permita a su destinatario saber que la infracción está amenazada con una sanción, conocidas como normas penales en blanco impropias. Pero la remisión por la ley penal a la norma complementaria, para determinar el fraude, queda indeterminada, desde el punto de vista legal, cuando dicha obligación legal depende en cuanto a su existencia de una calificación que no es unívoca ni constante, sino que depende de la apreciación o no de la conducta.¹

Por tal razón la cláusula de remisión inversa en nada vendría a advertir al autor del hecho sobre su posible sanción, toda vez que ésta depende de la interpretación administrativa.

Por otro lado, se considera que la tentativa en este tipo penal no genera mayores problemas y se valora de acuerdo con la puesta en lesión del bien jurídico tutelado, que resulta ser los deberes en la función pública. Lo importante es dejar planteada la inseguridad y variedad de apreciaciones que pueden existir para definir la tipicidad del hecho.

Parte C

Concurso aparente de normas con otros tipos penales.

De acuerdo con la definición de fraude de ley que brinda la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, podría pensarse que dichas conductas ya han sido previstas por algunos tipos penales, como por ejemplo: el Peculado, la Malversación de Fondos, Enriquecimiento Ilícito, Negociaciones Incompatibles, entre otros.

Todos estos tipos penales prevén la realización de un hecho contrario al ordenamiento jurídico, a los fines públicos y en consecuencia, si son interpretados como fraudulentos en sede administrativa puede resultar un concurso aparente de normas.

Este es un problema del tipo penal aplicable, cuando aparentemente son varios los que pueden ser considerados. Debe considerarse el posible

¹ Ver en igual sentido. RUIZ ZAPATERO. *Op.cit.*, pp. 73-75

concurso de delitos presente. El artículo 23 del Código Penal Costarricense, define los concursos de la siguiente manera:

*“Concurso aparente de normas: Cuando una misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí, sólo se aplicará una de ellas, así: la norma especial prevalece sobre la general, la que contiene íntegramente a otra se prefiere a ésta y aquella que la ley no haya subordinado expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria”.*¹

La Sala Tercera se ha referido al concurso aparente de normas en varias ocasiones; ha dicho: *“se presenta siempre que una sola acción se adecua a las descripciones de varios tipos penales...Aceptado por la doctrina mayoritaria que el concurso aparente de hechos punibles es un caso de unidad de acción, debe entonces reconocerse que dicha figura sólo se presentará cuando alguien en cumplimiento de una sola finalidad lesione o ponga en peligro por una sola vez un bien jurídico entendido como realidad social; esto significa que si examinada una situación concreta se llega a la conclusión de que ella corresponde a una pluralidad de acciones y en consecuencia a una multiplicidad de delitos no estaremos en frente de una hipótesis de concurso aparente...Entre el concurso ideal y el llamado concurso aparente de normas la distinción que se hace es sí las disposiciones legales que resultan posibles se excluyen o no entre sí”.*²

El concurso aparente se resuelve señalando que solamente hay una lesión a un bien jurídico; hay un solo delito, aunque la conducta del delincuente encaje en varios tipos penales. Además, si una sola acción configura varios tipos penales que protegen bienes jurídicos independientes, se producen diferentes lesiones jurídicas o se viola varias veces el mismo tipo penal.³

El concurso aparente de delitos comparte al igual que el concurso ideal la característica de que ambos, se componen de una unidad de acción y la diferenciación entre ambos radica en el hecho de que las normas se excluyan

¹ Código Penal. Art. 23

² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 0999-2004 de las once horas diez minutos del veinte de agosto del dos mil cuatro.

³ Ver en igual sentido. CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco). **El concurso de Delitos en el Derecho Penal**. San José, editorial LIL S.A. primera edición 1981. p 27

entre sí o porque se lesionan bienes jurídicos idénticos pero materialmente distintos.

Max Ernest Mayer expone que: *“...de ahí que se entienda por concurso ideal el caso en que son aplicables a una misma acción varias leyes, sin que ninguna ceda ante la otra”*.¹

La misma Sala Tercera diferencia los delitos que se contienen o subsumen, como los casos del concurso de normas; señala: *“Los llamados “delitos de pasaje” (o hechos previos impunes) no se agotan en el dato de que se hallen en una relación de medio a fin con el tipo principal, sino que además se exige que ambas conductas signifiquen diversos grados de ataque a un mismo bien jurídico”*.²

Para que exista concurso aparente de normas los tipos penales en concurso, deben proteger el mismo bien jurídico; de esta manera, dicho concurso se presenta por la necesaria configuración de ambos tipos en la comisión de los hechos.

También la jurisprudencia costarricense ha ilustrado punto por punto los requisitos necesarios para el concurso de normas, así: *“...De acuerdo con el artículo 23 del Código Penal hay tres reglas básicas para determinar la existencia de este instituto. En primer término se hace uso de la especialidad, es decir, habrá concurso aparente cuando una norma especial comprende a la general; el otro criterio es el de la consunción, que implica que se aplica la norma que contiene íntegramente a otra; y, finalmente, la regla de la subordinación, que estipula que la norma principal priva sobre la accesoria. En cuanto a la consunción debe tomarse en cuenta dos aspectos fundamentales. Uno, que a través de la realización de varias conductas delictivas se persiga una sola finalidad, es decir, algunos de las acciones delictivas son delitos de pasaje, que tienden a la comisión de un hecho principal. El otro requisito es que el delito fin sea de mayor gravedad que el delito medio, para lo cual se aprecia la severidad de la sanción...no podría pensarse en la existencia de un concurso ideal, porque nos hallamos ante una misma acción en sentido jurídico, que*

¹ ERNST MAYER (Max). **Derecho Penal Parte General**. Montevideo, editorial B de F Ltda., primera edición traducido por Sergio Politoff Lifschitz, 2007. p 626

² **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**. Sentencia número 651-2002 de las ocho horas cincuenta y cinco minutos del cinco de julio del dos mil dos.

*lesiona dos normas las cuales se excluyen entre sí, al constituir diversos grados de afectación a un mismo bien jurídico (la fe pública)”.*¹

El tipo penal previsto en el Código Penal costarricense denominado “negociaciones incompatibles”, claramente puede configurar un fraude de ley en la función pública, al desarrollar una conducta contraria a las facultades administrativas otorgadas al funcionario público. Se entiende dicha actividad como lesiva del ordenamiento jurídico y a los fines de la administración. Incluso describe algunas características propias de un fraude de ley, al señalar el artículo 347 del Código Penal:

*“será reprimido...el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo...”*²

Recuérdese que el abuso del derecho, la desviación de poder y el fraude de ley comparten una misma lógica y que en la administración pública todas estas figuras son posibles. Así el acto simulado puede deberse a un fraude y dicho acto simulado obviamente procederá de una desviación de poder o de un abuso de poder en provecho propio del sujeto activo del delito.

Así las cosas, pareciera que de acuerdo con la calificación que se le dé a los hechos, muchos de estos tipos penales pueden concursar con el tipo penal del fraude de ley, pues existe una unidad de acción y la lesión al mismo bien jurídico, los deberes en la función pública que no es más que los fines públicos y del ordenamiento jurídico tal y como se define en el fraude como tipo penal.

Es importante no confundir conducta prohibida en el derecho administrativo con conducta en fraude, pues muchos de los tipos penales simplemente son conductas prohibidas en las que no existe concurso de normas; pero si tal conducta tiene la apariencia de lícita y de acuerdo con la definición de fraude puede calificarse como tal, entonces sí existirá concurso.

Por razones de especialidad, parece que cuando un hecho es calificado como fraudulento a pesar de concurrir otro tipo penal debe aplicarse el primero.

¹ **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia número 0584-2008 de las diez horas dieciocho minutos del veintitrés de mayo del dos mil ocho.

² **Código Penal.** Art. 347

La ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública debe aplicarse sobre la normativa del Código Penal, pero debe valorarse cada tipo especial, con la finalidad de valorar si concursa con dicha normativa y prevé la existencia de una doble sanción por los mismos hechos.

Sección II

Jurisprudencia, Análisis práctico del Fraude de Ley en el voto 822-03 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

La sentencia del caso del Banco Anglo Costarricense tiene gran relación con el tema del fraude de ley, pues los argumentos esbozados por la defensa de algunos de los imputados califica los hechos como evasivos de la ley y, en consecuencia, señala que debieron resultar atípicos. Estudiar el antecedente más cercano que tenemos sobre el tema y valorar la posición que tomó la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia sobre estos alegatos, es de extrema importancia para la investigación, además de necesario.

Parte A

Contextualización del voto 822-03 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Caso del Banco Anglo Costarricense.

El conocido caso del extinto Banco Anglo Costarricense, una vez analizada la sentencia número 00822 de las diez horas cincuenta minutos del veintidós de septiembre de dos mil tres, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, tuvo por probados los siguientes hechos que se resumen de la siguiente manera:

Resultó ser que los máximos jefes del Banco Anglo Costarricense, entiéndase gerente, subgerente y junta directiva, aprobaron la compra de bonos de deuda externa costarricense a través de un intermediario conocido como Interbolsa S.A., dichos bonos fueron entregados al Banco Internacional de Costa Rica y depositados en una cuenta bancaria en Miami dentro de una

subcuenta a nombre del Banco Anglo, con excepción de uno de los bonos que se dejó en custodia del Banco Anglo.

Los pagos de dichos bonos se realizaron también a través de Interbolsa S.A., quienes manejaron grandes márgenes de ganancia. El dinero provenía de una de las cuentas del Banco Anglo, en el Banco Internacional de Costa Rica.

A pesar de realizar las compras a través de una entidad bancaria, avalada por el Estado Costarricense, el gerente del Banco Anglo, pone en conocimiento de los miembros de la Junta Directiva la oferta membretada de “Ariana Trading and Finance Inc.” (ATF), por la que ofrecía a nombre y por cuenta de su representado, “Internationale Nederlanden Bank” (ING Bank), prestar dos dólares por cada dólar invertido en bonos de deuda externa, para comprar más títulos de esta naturaleza o bien una línea de crédito hasta el sesenta y seis por ciento del valor total de la cartera de bonos de deuda externa, así como la posibilidad inmediata de entregar cinco millones de dólares en caso de acogerse. Había una línea de crédito rápida en el evento de que el Banco se quedara sin liquidez, por la compra que hacía de contado de bonos a largo plazo, cuando la captación de recursos era a plazos menores; línea esta última que implicaba la autorización del Banco Central de Costa Rica.

De tal manera que la junta directiva del Banco Anglo autoriza a sus gerentes a desembolsar hasta la suma de veinte millones de dólares, para la adquisición de bonos de reconversión de deuda externa, en línea con la oferta presentada por la empresa ATF. En virtud de lo apuntado el Banco Anglo Costarricense, incursionaba en inversiones bursátiles de contado.

Siendo así se realizan nueve distracciones ilegales de fondos públicos, mediante la inversión por compra de bonos, pagando siempre sobrepagos a un ente financiero no reconocido como entidad financiera de primer orden, que no actuó conforme con los términos de la oferta, por no ser representante del ING “Bank”; igualmente no estar inscrita para realizar oferta pública de ningún tipo de título valor o de servicio de intermediación bursátil. Por lo anterior, dichas inversiones estuvieron rodeadas de ilegalidad, al punto que los bonos que el Banco Anglo Costarricense compra en estas oportunidades, nunca estuvieron en disponibilidad negociable para el ente bancario, excepto en una de ellas. En las ocho operaciones restantes lo único que recibe a título de contraprestación por

esas compras, fueron certificados de depósito que, falsamente, determinaban la existencia de los bonos a favor del Banco Anglo Costarricense en el ING "Bank".

Así, se ordenó al subgerente financiero del extinto Banco Anglo, encargado para entonces del manejo de las inversiones, que realizase un débito de la cuenta corriente del mencionado Banco, por la suma de cuatro millones de dólares y los transfiera al "Morgan Guaranty Trust Co. New York", a favor del ING "Bank", en la subcuenta de ATF, anunciándose que el motivo era la cancelación por la compra de Bonos de Deuda Externa Costarricense. Transacciones en las que ATF obtuvo utilidades del 2.5 %.

Las transferencias se hacían del Banco Anglo Costarricense al "Morgan Guaranty Trust Co. de New York" y éste a su vez los acreditaba a favor del ING "Bank", de "Grand Cayman", para ser posteriormente acreditados a la cuenta de ATF, que era el medio como se pretendió ocultar el origen de los dineros distraídos del Banco Anglo Costarricense, frente a intermediarios financieros y hacer aparecer ante éstos a ATF como propietaria de los bonos por adquirir.

De tal manera que se distrajeron fondos públicos para actividades que resultaban prohibidas a un banco estatal según lo preceptúa la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Esto, no sólo por pagarse un sobreprecio, sino que no fueron transacciones realizadas con entes financieros de primer orden y tampoco de absoluta seguridad y liquidez. Se trató de negociaciones carentes de legalidad, pues el Banco Anglo Costarricense, nunca tuvo en su poder para el giro comercial correspondiente los bonos adquiridos, sino que lo recibido fueron certificados de depósito por parte de Almacén de Valores Comerciales S.A. (ACV), elaborados y suscritos por el Gerente General de dicho Almacén en ese momento. Estos documentos falsamente consignaban que existía una certificación del ING "Bank" acreditando la existencia de los bonos depositados en Cedel, Luxemburgo a favor del Banco Anglo Costarricense.

El ING "Bank" en ninguna transacción realizada con ATF emitió tal certificación y tampoco reconoció como parte de las negociaciones al extinto Banco Anglo Costarricense o a la empresa AVC.

Estos mismos bonos los adquiere ATF del ING "Bank", con fondos públicos del Banco Anglo Costarricense.

Una vez realizadas las compras en bonos, de la deuda externa costarricense, se vuelve a distraer dinero del Banco Anglo Costarricense, para

comprar bonos de deuda externa venezolana y brasileña; siempre utilizando el mecanismo de ocultación de origen de los fondos del Banco Anglo Costarricense, como era transfiriendo los dineros públicos al “Morgan Guaranty Trust Co. New Cork”, a favor del ING “Bank” en la subcuenta de ATF.

Las referidas operaciones se materializaron de la siguiente manera: el Gerente General del extinto Banco Anglo Costarricense y teniendo bajo su administración los dineros públicos que le habían sido confiados en razón de su cargo, ordena BICSA-Miami debitar de la cuenta del Banco Anglo Costarricense, el dinero requerido, sin hacerse referencia a los motivos de la transacción, para que sea transferida al “Morgan Guaranty Trust Co. New Cork” a favor del ING “Bank”, en la cuenta de ATF, ocultándose así a los intermediarios financieros, el origen de los fondos públicos utilizados, para quienes el titular de las adquisiciones lo era ATF.

ATF captaba una utilidad de un 16.00% del precio total de la compra. Sobre dichos bonos se emitió un certificado de depósito elaborado y suscrito por el Gerente General de AVC, donde describe 18 bonos Idu Brasil, que carecen de cualquier valor pues como se indicó, el ING “Bank” en las negociaciones realizadas con ATF nunca tuvo como contraparte a AVC o al extinto Banco Anglo Costarricense y tampoco se localizó original, copia o fotocopia de la certificación que refería el certificado dicho, llevándose a cabo una nueva distracción de fondos públicos, bajo las mismas razones, tantas veces apuntadas.

Posteriormente, el Banco Anglo realizó la compra de las sociedades AVC y sus dos Subsidiarias BOLTEC S.A. y ABC Valores S.A. Estos, fueron cancelados mediante el intercambio de bonos de deuda externa de Venezuela y Brasil al valor de mercado, supuestamente adquiridos por el Banco Anglo Costarricense, por las acciones de AVC y sus subsidiarias Boltec S.A. y ABC Valores S.A. y el edificio donde se ubican las empresas, con su mobiliario y equipo de cómputo.

Los encartados y jercas del Banco Anglo proceden a auto-nombrarse como miembros de las Juntas Directivas de las sociedades mencionadas y en tal carácter, reciben dietas por la asistencia a la sesión respectiva.

AVC adquiere una subsidiaria en Gran Caimán en agosto de 1993 inscrita bajo las leyes de Islas Caimán, en donde los primeros directores

renuncian a sus cargos el primer día de constituida; fueron reemplazados por los señores José Obrego, Francisco Martinelli Bermúdez, Danilo Toro y el “Cayman National TRUST CO. Limitada”, quienes -coincidentalmente- a su vez conformaban la Junta Directiva de la firma panameña “MIDDLETON BUSSINES CORP.”, la cual cambia de razón social para denominarse AVC Almacén de Valores Comerciales S.A. Panamá (AVC Panamá), subsidiaria de AVC Costa Rica. La Junta Directiva del Banco Anglo Costarricense resolvió abrir una cuenta corriente en el “Cayman National Bank”. Dicha empresa fue creada con el único propósito de evitar una relación directa de propiedad entre AVC Costa Rica y AVC Panamá y de tal forma poder evadir los controles de supervisión y fiscalización del ordenamiento jurídico costarricense.

En su condición de Gerente General y miembros de la Junta Directiva del Banco Anglo Costarricense, estas personas pasan a formar parte de la Junta Directiva de la sociedad establecida en la República de Panamá denominada inicialmente “MIDDLETON BUSINESS CORP.”, compañía que se denominó AVC Panamá. Siendo que en el libro de registro de accionistas no se consigna cesión alguna de acciones a favor del Banco Anglo Costarricense, por parte de dicha sociedad. Por ello, legalmente, la entidad bancaria nunca la adquirió, aunque desde el 25 de mayo de 1993 los jefes del Banco Anglo venían operando en ella.

Posteriormente se aprobó una nueva oferta de la empresa ATF que le iba permitir a AVC Panamá, obtener los recursos sin la autorización del Banco Central de Costa Rica, incursionar con inversiones, siempre en mercados emergentes, altamente especulativas y riesgosas por la utilización de un elevado apalancamiento de las inversiones adquiridas vía AVC Panamá y AVC Costa Rica. Según la oferta, era fuente de grandes ingresos para AVC Costa Rica y le facilitaba a ésta pagar los aportes hechos por el Banco Anglo Costarricense, que fue quien dispuso del dinero para las inversiones que se hacen a través del grupo de empresas e igualmente que la respuesta positiva, económicamente hablando, iba a permitir la oxigenación económica necesaria para la creación del brazo extensivo del Banco Anglo en el exterior, como se tenía previsto, mediante el “Anglo American Bank”.

AVC pudo acceder a la compra al obtener un préstamo de ATF, y el aporte del Banco Anglo Costarricense. El Gerente General del Banco Anglo

ordena a BICSA-Miami debitar de la cuenta del banco la suma invertida y transferirla al "Deutsch Südamerikanische Bank ag. Miami", para acreditar a cuenta de ATF, por orden de AVC Costa Rica; el financiamiento de ATF, para el Banco Anglo Costarricense fue del 92,36%. Los bonos en referencia los adquiere ATF, del Standard "Chartered Capital Markets". Con sólo la venta de los bonos al Banco Anglo Costarricense la empresa ATF, obtuvo una ganancia de un millón doscientos ochenta mil dólares.

De igual manera se canaliza el dinero para la compra de Bonos PAR de la República de Venezuela. El Banco Anglo Costarricense, era el propietario del cien por ciento de las acciones de AVC y quien alimentaba económicamente a ésta para realizar operaciones como las que se analizan y se le ocultó al Banco Nacional de París el origen de los fondos utilizados en la operación cuyo origen legítimo lo era el banco Anglo.

También se trató la posibilidad de que el portafolio de inversiones en títulos de Deuda Externa que "mantenía" el Banco en manos de su intermediario ATF se negociara con AVC, de modo que se transaran las inversiones al valor de mercado de los títulos que conformaban ese portafolio, cuyo promedio total de ventas alcanzaba el 70.00% de su valor facial, más madurez. Esta distracción de fondos del extinto Banco Anglo Costarricense a AVC evidencia la intención de realizar las mayores adquisiciones de deuda externa Venezolana, apalancadas, altamente riesgosas y especulativas, para lo cual requerían quebrantar todos los controles financieros y legales del Estado.

El Gerente del Banco Anglo envió nota a AVC, mediante la cual confirmaba la venta a ese Almacén, de la totalidad de la cartera de inversiones que poseía a ese momento el Banco Anglo en manos de ATF. Se incluyen los que estuvieron bajo la custodia de BICSA-Miami, a sabiendas los sindicatos que dicha nota estaba siendo enviada a ellos mismos. Para no perder el control de su plan, se había autonombado en las Juntas Directivas. En esa misma fecha (octubre de 1993), AVC envía nota al Banco Anglo Costarricense remitiendo 22 certificados de inversión, a sabiendas los encartados que un almacén general de depósitos solo podía emitir certificados de depósitos y sobre las mercaderías en él depositadas, por lo que su emisión fue únicamente para justificar contablemente el traspaso de las inversiones realizadas a la fecha, para continuar

distrayendo los fondos públicos del Banco Anglo Costarricense en nuevas inversiones millonarias.

Los imputados en sus condiciones de director, gerente, subgerente y fiscal de AVC Panamá, teniendo conocimiento de la caída de los bonos Venezolanos y adquiridos por el Banco Anglo Costarricense; idean y aprueban una nueva estructura financiera con el afán de recuperar la negociación y para darle al Banco Anglo Costarricense un documento aceptable como respaldo a la inversión en AVC por lo que deciden conseguir “Strip Cupons” (cero cupones) del tesoro USA mediante inversión apalancada y depositar dichos títulos o el documento equivalente en AVC y emitir un certificado de depósito y un vale de prenda para entregar este último al Banco Anglo Costarricense como garantía de la inversión.

Pero con tales ventas sólo lograron que el extinto Banco Anglo tuviese una pérdida total de \$ 54.477.510,75.

Siendo así el tribunal de mérito que conoció el caso tuvo por acreditado que dichos jerarcas cometieron un delito continuado de peculado y los condenó por tal ilícito. La Sentencia analizada es de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la cual confirmó la sentencia impugnada con algunas variantes respecto al concurso de los tipos penal y la prisión por imponer.

Lo importante de este asunto es la condena que se hace por el delito de peculado, tipo penal que según los hechos descritos se cometió al distraer dineros que estaban bajo la administración de los sentenciados, pues la custodia del mismo había sido dada en razón de su cargo.

Al respecto sobre este tipo penal se ha dicho que: *“El objeto de la acción de este tipo penal recae sobre el patrimonio público en el sentido más amplio, compuesto por bienes, servicios o fondos públicos. Si bien el objeto de la acción tiene carácter patrimonial, dado que se procura su conservación y destino, esto no debe llevarnos a confundir el objeto material con el bien jurídico protegido. La conducta típica se concreta en el tema patrimonial, pero la protección de ese patrimonio no es un fin en si mismo, sino que se establece en consideración de la función pública administrativa que cumple. Por ello desde la óptica del bien jurídico, la tutela penal no está dirigida a la integridad del patrimonio público, sino al correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y en especial la propia fidelidad de los funcionarios*

*encargados de velar por el mismo, a través de la observancia, respeto y cumplimiento de los deberes de la función pública”.*¹

La acción delictiva reprochada en este caso se consuma con la sola distracción del dinero del Banco Anglo. Se dice que la acción de distraer no se refiere al acto propio de dominio del bien, ya que el delito se puede consumir con la puesta a disposición de por sujeto o que el funcionario únicamente lo retenga, basta con que sea sacado del ámbito de custodia de la administración².

Parte B

Argumentados de la defensa de los imputados a favor del Fraude de Ley.

Parte de la defensa de los imputados en el caso del Banco Anglo Costarricense argumentó que siendo que se tenía por demostrada la compra de ACV y sus subsidiarias, así como del mobiliario de dichas sociedades sin la legalidad requerida para el caso y que dicha compra se había realizado utilizando como pago bonos de deuda externa venezolanos y brasileños, que nunca estuvieron en propiedad del banco, por estar en custodia de ATF, no se podía configurar el delito de peculado.

Así el Dr. Francisco Castillo González, defensor, según el Voto de la Sala Tercera que resolvió, argumentó: *“El tipo objetivo del delito de Peculado contiene como requisitos: 1) El carácter público de los bienes. 2) Que los bienes públicos estén bajo la custodia, percepción o administración de un funcionario público, en razón de su cargo. El delito de Peculado no consiste en una adquisición irregular o ilegal de bienes o dineros para un ente público, que es lo que tiene por cierto la sentencia, sino en la distracción o sustracción irregular de bienes o dineros pertenecientes a un ente público, los cuales se*

¹ MOLINA RUIZ (Warner). **Delitos Funcionales: Guía de Investigación**. San José, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, primera edición, 2009. p. 220

² Ver en igual sentido. **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**. Sentencia número 430 de las ocho horas y cincuenta y cinco minutos del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

*encuentran bajo la custodia, percepción o sustracción de un funcionario público por razón de su cargo”.*¹

El señor Castillo González hace referencia que la exclusión a algún elemento objetivo del tipo puede llevar a la conclusión, de que lo existente es un fraude de ley, por estar ante un delito imposible que resulta atípico.

De tal manera que en su momento se pretendió señalar que el Banco Anglo Costarricense nunca fue propietario de los bienes adquiridos, pues los bonos de deuda externa son títulos valores al portador y conforme con el artículo 667 del Código de Comercio, los títulos valores son documentos indispensables para ejecutar el derecho literal y auténtico que en ellos se consigna. Que al no existir entrega ni endoso de los bonos de deuda externa al Banco Anglo Costarricense de parte de los personeros de ATF, aquel no tuvo ninguna propiedad sobre dichos bonos.

Al respecto señaló Castillo González: *“Los acusados actuaron en la falsa creencia de que existía un elemento de la tipicidad del delito de Peculado, cual es el objeto material de la acción, y no era así, existiendo una imposibilidad absoluta para consumir el ilícito, es decir se dio un error de tipo al revés, resultando un delito imposible y por ende el hecho acusado es impune”.*²

La Sala Tercera resolvió este punto, al señalar que se apartaba sustancialmente del marco fáctico acreditado, pues se aísla la compra de AVC y sus subsidiarias, atribuida a los imputados como directivos del Banco Anglo Costarricense de los hechos que la antecedieron y que constituyen las denominadas compras al contado de bonos de Deuda Externa costarricense, venezolana y brasileña. El delito de Peculado atribuido a los encartados en esta segunda fase del hecho delictivo, sí contiene el objeto material de la acción exigida para su configuración, cual es la condición de públicos de los bienes empleados para la adquisición cuestionada. La Sala Tercera señaló que no resulta admisible pensar que los acusados, como miembros de la Junta Directiva de la institución bancaria, actuaron bajo la creencia de que los bienes empleados en la cuestionada compra del complejo empresarial no eran

¹ **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia número 430 de las ocho horas y cincuenta y cinco minutos del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

² **CASTILLO GONZALEZ. Citado por. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia número 430 de las ocho horas y cincuenta y cinco minutos del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

públicos, pues, le pertenecían al Banco antes de las compras realizadas situación de la que siempre tuvieron conocimiento.

Es decir, de acuerdo con el plan de autor y los hechos mediante los cuales se materializó el delito, sí existe el elemento objetivo del tipo de peculado, pues en un principio el dinero con el que se compraron los bonos pertenecía al extinto Banco Anglo. La conclusión es que los hechos no se podían estudiar de forma aislada y que por tanto la exclusión del elemento objetivo se debe al plan de autor fraguado por los imputados.

La Sala concluyó: *“La distracción de bienes públicos por parte de los directores bancarios acusados, tanto en lo relativo a la compra de AVC y sus subsidiarias, como en las posteriores compras apalancadas en Deuda Externa, con pleno conocimiento de su condición de funcionarios públicos, así como del origen de los dineros y bienes utilizados y que en razón de su cargo administraban, vulnera los deberes de probidad a los que estaban obligados”*.¹

Los directivos del Banco, contribuyeron con su accionar ímprobo, a que la institución bancaria nunca gozara de la posesión de los títulos adquiridos, circunstancia que no se puede revertir en su favor.

También se intenta fundamentar el fraude de ley en el hecho de que nunca existió la custodia, percepción ni administración de esos bonos. Esto, es un elemento requerido por el artículo 354 del Código Penal, para configurar el tipo objetivo, pues la administración real, en el caso de los bonos, estaba en manos de ATF. Se incurre en un error de subsunción que se comete al momento de ver si la conducta encuadra en un tipo penal; pues, se considera que los bonos estaban en poder de un tercero y no de un funcionario público por razón de su cargo. No podía tenerlos funcionario público alguno, si esos bonos no estaban dentro de una esfera administrativa de custodia y la cuenta de ATF en el ING “Bank” no era evidentemente una esfera administrativa de custodia.

El primer punto señalado se refiere a la exclusión de los dineros por considerárseles no públicos; en este apartado el argumento es el mismo, pero atacando la custodia real sobre los fondos. La Sala resolvió nuevamente que esto se debía al plan ilícito de los acusados, que era permitir que los bonos

¹**Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia número 430 de las ocho horas y cincuenta y cinco minutos del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro

adquiridos con los fondos públicos estuvieran a nombre y disposición de ATF y no a nombre y disponibilidad del Banco, precisamente para evitar los controles de las entidades fiscalizadoras y desarrollar así negociaciones que estaban prohibidas por la normativa bancaria imperante; estas circunstancias eran de pleno conocimiento de los acusados.

El Dr. Francisco Castillo señaló en su defensa que se violó el principio de legalidad y la prohibición de analogía en materia penal, en perjuicio del reo al condenar, existiendo fraude de ley¹.

Otra forma en cómo se trató de analizar el fraude, fue argumentando que AVC Valores Panamá no es una entidad regulada por el derecho público, e indica que quienes actúan como personeros de una empresa privada, no pueden ser funcionarios públicos. Funcionario público, de conformidad con el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, es aquel que presta servicios a la Administración y para efectos penales, también lo es quien presta servicios a un ente con organización de derecho público, aunque desenvuelva su gestión por los moldes del derecho privado. Es decir ahora el elemento excluido es la condición de funcionario público, elemento normativo perteneciente a la participación del imputado y que es de carácter especial.

Se vuelve a señalar que se violentó el principio de legalidad criminal que prohíbe la analogía. Insiste en señalar el doctor Castillo González que en la especie no se da el delito de Peculado por continuación, al faltar un elemento del tipo penal, cual es la condición de ente público del ofendido y la calidad de funcionario público de los imputados.

Al respecto, se le hizo ver que los imputados nunca dejaron de ostentar a lo largo de todas las negociaciones cuestionadas, los cargos correspondientes en el Banco Anglo; se cumple en forma efectiva con la configuración del delito de Peculado, por cuanto mantienen su calidad de funcionarios públicos.

Es importante valorar cómo se pretende fundamentar el fraude de ley en la comisión del delito con la exclusión de algún elemento objetivo del tipo penal de peculado, sea la custodia real sobre los bienes, la calidad de públicos y por último la condición de autor del hecho por supuestamente no cumplir con los

¹ Ver en igual sentido. **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**. Sentencia número 430 de las ocho horas y cincuenta y cinco minutos del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro

requisitos especiales exigidos para la comisión del delito. A continuación, en el apartado siguiente, se analizan estos argumentos de acuerdo con el estudio de la figura de fraude, como forma de comisión de los tipos penales que se han venido tratando en la presente investigación.

Parte C

Toma de posición.

En el caso del Banco Anglo Costarricense existe efectivamente una exclusión del elemento objetivo del tipo penal, cual puede ser la custodia sobre el dinero, bien público. Pero, para tales efectos se debe analizar la conducta de manera aislada, de la misma forma en como lo pretendió argumentar la defensa de los imputados. La idea del fraude se relaciona, en este caso en particular, con la inversión ilegal de fondos públicos como un delito continuado de peculado, cuando éstos ya no estaban en custodia de los funcionarios encargados.

La acción que consuma el delito de peculado es la distracción de fondos públicos, acción que se concreta al sacar el dinero de la esfera de custodia del banco. En el momento en que los encartados, como jefes de la entidad bancaria, deciden incursionar en actividades ilícitas, ya el delito se ha consumado. Para tales efectos los encartados cumplían con la condición de funcionarios públicos, tenían el dinero del banco bajo su administración y éste era un bien público; en este momento no existe exclusión de ningún elemento del tipo penal.

La pérdida patrimonial que sufre el Banco Anglo con la distracción de los fondos y las inversiones frustradas, son actos post-consumativos del peculado, que no deben valorarse de forma aislada pero que tampoco dependen para la comisión del ilícito. Éste es el perjuicio posterior a la consumación pero que sirvió para acreditarla como delito continuado.

El valorar la extracción del dinero como exclusión de un elemento objetivo del tipo penal, por extraerse de la custodia del banco al momento de realizar las compras ilegales, se debe a un acto precedente que posteriormente se materializa en dichas inversiones; todo es parte del plan delictivo fraguado

por los imputados. El problema es que con la sola desviación ya se ha consumado el delito.

Lo que sucede es que al valorar los hechos como un delito continuado, en el que la apreciación de todos los hechos resulta de mayor relevancia para la configuración del delito, por haber una desviación constante del dinero; las reiteradas compras de bonos de deuda externa con dinero que originalmente pertenece al banco, pasan a ser parte de los bienes públicos adquiridos fuera de la custodia del ente bancario pero que pertenecen al mismo.

Fueron varias las distracciones y las inversiones ilegales y debe apreciarse que en cada una de ellas se cumplió con los elementos requeridos por el tipo penal. Hubo compras con títulos valores que nunca pertenecieron al banco, pero que se pueden atribuir como fondos públicos en virtud de la acción precedente.

En efecto no puede decirse que el dinero no tenía el carácter de público, pues procedía del banco, el sacarlo de la custodia de éste es parte del plan delictivo. Hablar de que posteriormente el dinero tampoco estaba bajo la custodia de los imputados también es contradictorio pues estos fungían a la cabeza de las empresas por las que posteriormente se desviaban los dineros; además siempre estuvieron en su custodia como funcionarios del Banco Anglo y de las empresas privadas al mismo tiempo.

Las condiciones objetivas del tipo se comparten y acompañan a los autores alrededor del delito, acompañamiento que se debe al plan de autor definido, tal y como se expuso al hablar de la exclusión de un elemento objetivo del tipo, mediante un delito de acción.

No se puede señalar, en este caso, que se trate de un delito de comisión por omisión por la distracción de los bienes y la posterior no evitación de las inversiones por parte de los imputados; fundamento de una exclusión dolosa de los elementos objetivos del tipo penal y la posterior lesión de carácter omisivo. Lo anterior, toda vez que los imputados realizan la acción de distraer el dinero y además, tienen el manejo del mismo. El hecho posterior de que permanezcan en una sociedad ajena es parte del plan de autor y constituyen conductas activas, no existe omisión alguna, ni posición de garante por injerencia. Además las posteriores inversiones son conductas activas.

Hablar de un delito imposible es contradictorio con la naturaleza del fraude de ley expuesta en la presente investigación. Delito imposible es aquel que no se puede realizar por la ausencia de un elemento objetivo del tipo penal. Pero, en el fraude de ley no es que el elemento objetivo no exista o no esté presente, sino que lo que sucede es que éste no cabe dentro de la literalidad del tipo penal o ha sido excluido en un momento precedente, pero siempre forma parte del ilícito y por lo tanto genera la lesión al bien jurídico que en un principio se pretendió evitar. Para esos efectos debe valorarse las soluciones doctrinales dadas para la exclusión dolosa del tipo objetivo de forma activa.

Señalar que existió un delito imposible es indicar que ni siquiera existió peligro para el bien jurídico y en el caso en estudio no existe duda de la infracción a los deberes en la función pública y de la consumación del peculado.

CONCLUSIONES

Resulta de suma importancia realizar un balance del trabajo realizado, sintetizar las ideas principales y resaltar las enseñanzas obtenidas con la investigación.

En primer lugar, debe establecerse si la hipótesis fue debidamente corroborada y cómo ésta se refiere a la posibilidad de sancionar el Fraude de Ley por la exclusión de un elemento objetivo del tipo penal; deberá primero abocarse a algunas conclusiones específicas para confirmar tal proposición.

En efecto, la figura del Fraude de Ley se define como evasión o manipulación del ordenamiento jurídico, respecto del fin protector que éste persigue, a través de métodos legalmente válidos, pero lesivos.

El Fraude de ley es un problema real, aplicable al derecho penal y que de manera inconciente o no, es tratado por el ordenamiento jurídico penal costarricense. Así, la *actio libera in causa* y la *actio ilícita in causa* materializada a través del principio de equiparación, son teorías doctrinarias y positivizadas que dan respuesta al fraude en la antijuricidad y culpabilidad del delito.

La norma penal, al prohibir una conducta lesiva, supone su antijuricidad y las capacidades necesarias para atribuir la culpabilidad del hecho; su exclusión solo puede ser dada por la aplicación de otra norma. El fraude de ley, en la antijuricidad del hecho, así como en la culpabilidad, tiene las mismas características que al ser estudiado en la tipicidad, pues en todas las etapas se pretende la evasión de la responsabilidad penal del hecho cometido.

Existen algunas consideraciones de interés que deben ser apuntadas, y es que el Fraude de Ley se refiere al juego normativo que se pueda dar con cualquier afirmación jurídica. Sin embargo, existen presupuestos cuyas apreciaciones no pueden ser evadidas y tales casos se presentan con la figura del error, que no puede ser provocado por su propia naturaleza. No puede haber fraude de ley en relación con la aplicación de un error de prohibición y lógicamente respecto de un error de tipo.

Mayor relevancia presentó para esta investigación la idea de estudiar el fraude de ley desde la tipicidad del hecho, pues poco se había escrito al respecto.

Se concluye que en Costa Rica no existe una norma penal que equipare la evasión del tipo con su violación tal y como ocurre en el derecho civil. Esta premisa es aplicable a toda la teoría del delito, pero con el obstáculo de que en el derecho penal no se puede apreciar simplemente de manera objetiva, como ocurre en otras ramas del derecho. De ahí que existan distintas teorías para analizar el fraude en cada una de las etapas del delito, con el fin de mantener incólumes los principios generales que rigen la materia.

El Fraude de Ley visto desde la tipicidad del hecho se relaciona con el conflicto que existe entre tipo penal, y lesión al bien jurídico. La ponderación existente entre estas dos premisas no puede llevar a la conclusión de extender la norma para sancionar conductas que se escapen al sentido literal del tipo, pero que resultan lesivas.

La interpretación analógica está expresamente prohibida en el derecho penal costarricense y la extensiva significa ampliar los conceptos del tipo cayendo consecuentemente en analogía. Privan sobre estas formas de interpretación, principios como el de legalidad, *lex certa*, carácter fragmentario y seguridad jurídica.

Quienes afirman estar de acuerdo con la interpretación extensiva en el derecho penal, desatienden estos principios y desconocen la prohibición expresa que existe en el derecho penal costarricense que obliga a interpretar las normas de manera restrictiva.

Los casos en Fraude de Ley no responden a hechos atípicos, por considerarse no lesivos, según el carácter fragmentario del derecho penal. Son casos que lesionan el bien jurídico de acuerdo con el sentido de protección que se le quiso dar, a través del ordenamiento, resulta que éste no fue efectivo en su regulación, por imprecisiones literarias; a este tipo de Fraude se le asocia con la llamada "*exclusión autónoma del tipo*".

Desde la tipicidad del hecho, también se puede valorar con la exclusión previa del elemento objetivo requerido. Estos casos son sancionables, pues, como delitos de acción se pueden atribuir al plan de autor establecido como una sola conducta compuesta de varias acciones que tienden a una finalidad última; cuando es un delito de comisión por omisión debe recurrirse a una posición de garante por injerencia. Esta injerencia especial, no admite la posición de garante por injerencia culposa; no es posible, ya que se parte de la

idea de un acto previo consecuente de un plan de autor que no existe en los delitos culposos.

La exclusión previa de un elemento objetivo del tipo penal de manera culposa es un hecho aislado que no puede atribuírsele a la lesión posterior. Estos supuestos de fraude requieren del plan de autor para poder establecer la efectiva exclusión de la norma y fundamentar el deber de impedir el resultado lesivo, que no se puede exigir de una conducta culposa en la que no se quiere.

Las otras causales de injerencia reconocidas por la doctrina sí admiten la injerencia por acto previo culposo, pero en estos casos no se está ante un riesgo meramente causal sino que éste depende o nace a la luz de apreciaciones normativas, como cuando se trata de excluir la participación. Aunque estas valoraciones pueden tener también un sentido físico, el peligro se crea con la desprotección del bien jurídico atribuible a la exclusión anterior, circunstancia que sólo puede ser de manera dolosa y normativa.

No se considera la injerencia como forma de atribuir los delitos de comisión por omisión, como forma jurídica que trata dos hechos aislados, uno generador de la posición de garante en la que no se prevé tal circunstancia y otra de deber de evitación como consecuencia del hecho previo. Se entiende que en los delitos de comisión por omisión puede haber un plan de autor definido.

En la tipicidad del hecho, la acción precedente que fundamente la posición de garante por injerencia es vista como un peligro realizado por medio de un acto preparatorio; éste, es parte del plan delictivo. En la antijuricidad el acto provocador es ya antijurídico; es un acto que ya es típico y que excluye las causas de justificación. En la culpabilidad la provocación debe ser relevante, atribuible al sujeto, pero no es aún antijurídica, es un acto también preparatorio.

La diferencia de la creación de un riesgo en la tipicidad y la provocación relevante en la culpabilidad, ambos como hechos previos, radica en que la primera fundamenta la posición de garante por injerencia pues trasciende como un peligro para el bien jurídico tutelado al evadir la norma, mientras que en la actio libera in causa, el acto preparatorio aún no pone en riesgo ningún bien jurídico sino que, solo vulnera las capacidades del autor. Es por eso que los delitos de comisión por omisión de la actio tienen su fundamento en otras

causales que generan la posición de garante, pero no por la injerencia que se expone.

Para la existencia del Fraude de Ley no se puede exigir un conocimiento especializado, aunque el concepto de Fraude supone conocimiento y voluntad de la evasión normativa; en algunos casos como en la culpabilidad se prevé su forma culposa. En consecuencia, la comisión de un delito siempre debe mantenerse dentro de los parámetros legales establecidos por la teoría del delito.

Es distinta la apreciación que se realiza del fraude de ley como forma de comisión de delitos y la sanción propia del fraude en otras ramas del derecho penal por medio de un tipo penal. La Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública prevé esta figura como un tipo penal en el que el fraude es el elemento normativo integrador de la tipicidad. Norma que es demasiado imprecisa pues, utiliza un concepto tan general como el de fraude y lo hace depender de su apreciación en la función pública, con la consecuencia de que el derecho administrativo implementa principios generales menos garantistas que el derecho penal.

El fraude de ley previsto en la Ley contra la Corrupción es un tipo penal que puede concursar con normas del Código Penal, como por ejemplo, el tipo denominado Negociaciones Incompatibles, por sancionar conductas ilícitas con la apariencia de legales en el ejercicio de la función pública en provecho del funcionario. La solución viene dada por especialidad, en cuyo caso se considera debe aplicarse la Ley Contra la Corrupción aunque la sanción sea menor en algunos casos.

En conclusión la Figura del Fraude de Ley, por la exclusión dolosa de la tipicidad, es sancionada en el derecho penal solo cuando dicha exclusión se debe a un acto precedente. Existen otras manifestaciones del Fraude de Ley evidenciadas en la antijuricidad y culpabilidad del delito que también son sancionadas. El tipo penal denominado Fraude de Ley previsto en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública merece una apreciación totalmente ajena como evasión de la norma penal, pero pertinente en cuanto sanciona la evasión de la norma administrativa en sede penal.

Los objetivos fueron alcanzados, se logró delimitar el concepto de Fraude de Ley y su aplicación en el derecho Penal. Se estudiaron las diferentes posiciones de la doctrina, tanto nacional como de derecho comparado, sobre el Fraude de Ley y la interpretación extensiva en el derecho penal. Luego de haber desarrollado el tema, queda la satisfacción de haber contribuido al estudio de un tema de derecho sustantivo, importante en la dogmática jurídica, invocado por reconocidos penalistas en nuestro medio, pero poco desarrollado en doctrina. Los puntos que se exponen pretenden servir de reflexión a efecto de poder enriquecer futuras discusiones.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Arce Aggeo (1996). Concurso de delitos en Materia Penal. Buenos Aires, editorial Universidad, primera edición.

Álvarez García Francisco Javier (2001). Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo. Valencia, editorial Tirant lo Blanch, primera edición.

Atienza Manuel y Ruiz Manero Juan (2006). Ilícitos Atípicos. Madrid, Editorial Trotta S.A., segunda edición.

Baigun David y García Rivas Nicolás (2006). Delincuencia económica y corrupción. Buenos Aires, editorial EDIAR, primera edición.

Barrantes Echavarría Rodrigo (2005). Investigación un camino al conocimiento, un enfoque cualitativo y cuantitativo. San José, editorial Universidad Estatal a Distancia, primera edición.

Brenes Chacón Albán (1993). Los trabajos finales de graduación. San José, editorial Universidad Estatal a Distancia, primera edición.

Bobbio Norberto (2002). Teoría de la Norma Jurídica. Bogotá, editorial TEMIS S.A., segunda edición.

Cancio Meliá Manuel (1998). Conducta de la víctima e imputación objetiva en el derecho penal. Barcelona, editorial José María Bosh, primera edición.

Cancino Antonio José (1999). El derecho penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano. Colombia, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., primera edición.

Camacho Morales Jorge et al. (2007). La Culpabilidad: Teoría y práctica. San José, editorial IJSA, primera edición.

Casado Ollero Gabriel (2002). Legalidad Tributaria y Función Calificadora de la Administración Fiscal. Fraude y Evasión Fiscal. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición.

Castaldo Andrea Raffaele (2004). La imputación Objetiva en el delito culposo de resultado. Montevideo, editorial B de F Ltda., primera edición traducida por Antonio Bonanno.

Castillo González Francisco (2008). El bien jurídico penalmente protegido. San José, editorial jurídica continental, primera edición.

Castillo González Francisco (2007). El delito de omisión impropia. San José, editorial jurídica continental, primera edición.

Castillo González Francisco (2006). Autoría y Participación en el Derecho Penal. San José, editorial Jurídica Continental, primera edición.

Castillo González Francisco (2004). La legítima defensa. San José, editorial Jurídica Continental, primera edición.

Castillo González Francisco (2001). El error de prohibición. San José, JURITEXTO, primera edición.

Castillo González Francisco (1999). El dolo, su estructura y sus manifestaciones. San José, JURITEXTO, primera edición.

Castillo González Francisco (1987). La autoría mediata. San José, editorial LIL S.A., primera edición.

Castillo González Francisco (1981). El concurso de Delitos en el Derecho Penal. San José, editorial LIL S.A. primera edición.

Chinchilla Sandí Carlos (2004). Autor y Coautor en el Derecho Penal. San José, editorial jurídica continental, primera edición.

Cisneros Farias Germán (2004). La Interpretación de la Ley. México, editorial Trillas, tercera edición.

Clauss Roxin (2007). La teoría del delito en la discusión actual. Lima, editorial jurídica Grijley E.I.R.L., primera edición traducida por Manuel A. Abanto Vásquez.

Clauss Roxin (1992). Política criminal y estructura del delito. Barcelona, editorial PPU, primera edición.

Cury Enrique (1988). La ley Penal en Blanco. Bogotá, editorial TEMIS S.A., primera edición.

Dall` Anesse Francisco et al. (2001). Omisión Impropia. San José, editorial Jurídica Continental, primera edición.

De Jesús Damásio E. (2006). Imputación Objetiva. Montevideo, editorial B de F Ltda., primera edición traducido por Mario Pereira Garmendía.

Dopico Gómez-Aller Jacobo (2006). Omisión e Injerencia en Derecho Penal. Valencia, editorial Tirant lo Blanch, primera edición.

Díaz Y García Conlledo Miguel (2008). El error sobre los Elementos Normativos del Tipo Penal. Madrid, editorial La Ley, primera edición.

Diez Picazo Luís (1975). Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho. Madrid, editorial Ariel, primera edición.

Ernst Mayer Max (2007). Derecho Penal Parte General. Montevideo, editorial B de F Ltda., primera edición traducido por Sergio Politoff Lifschitz.

Fernández Sessarego Carlos (1992). Abuso del Derecho. Buenos Aires, editorial Astrea, primera edición.

Gatgens Gómez E. y Rodríguez Campos A. (200). El principio de Oportunidad. San José, JURITEXTO, primera edición.

Gimbernat Ordeing Enrique (2003). La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, primera edición.

Günther Jakobs (2001). Injerencia y dominio del hecho. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, primera edición traducida por Manuel Cancio Meliá.

Haba Enrique P. (1972). Esquemas Metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito. Caracas, editorial Sucre, primera edición.

Inchausti Miguel A. (2001). Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios. Buenos Aires, editorial AD-HOC S.R.L., primera edición.

Jiménez de Asúa Luís (1983). Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, El Delito. Buenos Aires, Editorial LOSADO S.A., cuarta edición.

Joachim Hirsch Hans (1999). Derecho Penal, Obras Completas. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, primera edición.

Joachim Hirsch Hans (1999). Derecho Penal, Obras Completas. Tomo II. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, primera edición.

Joachim Hirsch Hans (1999). Derecho Penal, Obras Completas. Tomo III. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, primera edición.

Llobet Rodríguez Javier (2007). Justicia Penal y Estado de Derecho. San José, Editorial Jurídica Continental, primera edición.

Méndez Ramírez Odilón (2006). La investigación Científica. San José, editorial IJSA, tercera edición.

Mir Puig Santiago (2004). Derecho penal, parte general. Buenos Aires, editorial Euro Editores S.R.L., séptima edición.

Mir Puig Santiago (2003). Introducción a las bases de derecho penal. Barcelona, editorial Bosch S.A., primera edición.

Ministerio de Justicia (2004). Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid.

Molina Ruiz Warner (2009). Delitos Funcionales: Guía de Investigación. San José, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, primera edición.

Muñoz Conde Francisco (2003). El error en Derecho Penal. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, primera edición.

Muñoz Conde Francisco (1991). Teoría general del delito. Valencia, Tirant lo blanch, segunda edición.

Navas Aparicio Alfonso (2006). Destinatario de la norma penal e imputabilidad. San José, editorial Jurídica Continental, primera edición.

Niño José Antonio (1979). La interpretación de las Leyes. México, editorial Porrúa S.A. primera edición.

Paredes Castañon José Manuel (1995). El riesgo permitido en el Derecho Penal. Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, primera edición.

Quincero Álvarez Fernando (2002). Imputación Objetiva y Antijuricidad. Quito, editorial Jurídica Bolivariana, primera edición.

Renauld Castro Andrea (2004). Imputación objetiva y delito culposos. San José, editorial IJSA, primera edición.

Rodríguez Grez Pablo (1998). El abuso del derecho y el abuso circunstancial. Santiago, editorial Jurídica de Chile, primera edición.

Ruiz Zapatero Guillermo (2006). Analogía, Fraude y Simulación Negocial en el Delito Fiscal, Sentencias del Tribunal Supremo y STC 120/2005. Navarra, editorial Arazandi S.A., primera edición.

Salinas Duran Edwin (2000). El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense. San José, editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición.

Sánchez Herrera Esiquio Manuel (2002). Imputación Objetiva y delito imprudente en el nuevo Código Penal. Valencia.

Sánchez Silvia (1995). Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Barcelona, editorial José María Bosch Editor S.A., primera edición.

Sánchez J. y Gómez V. (1997). Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. Bogotá, editado por el departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Sancinetti Marcelo A. (1995). Fundamentación Subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Santa fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., primera edición.

Silvia Sánchez Jesús María (1997). Política Criminal y nuevo derecho penal. Barcelona, editorial José María Bosh, primera edición.

Ujala Joshi Jubert (1992). La doctrina de la "Actio Libera in Causa". Barcelona, José María Bosh Editor S.A., primera edición.

Vargas González P. y Soto Arroyo H. (1998). Imputación objetiva en el derecho penal. San José, primera edición.

Velásquez Velásquez Fernando (1997). Derecho Penal, Parte General. Bogotá, editorial TEMIS S.A., tercera edición.

Zaffaroni Eugenio Raúl (2000). Derecho penal, parte general. Buenos Aires, editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, primera edición.

Tesis

Castro Ferreto Leonardo (2007). Los principios de Tipicidad, Culpabilidad e Irretroactividad de la Ley Penal y la Utilización de Preceptos Penales Determinados. Tesis para optar por el título de licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica.

Hinrichs Maikel (2003). Un acercamiento a la acción y la omisión impropia. Tesis para optar por el título de licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica.

Rodríguez Marín Fabiola Andrea (2009). La declaración jurada sobre la situación patrimonial y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Análisis en el área penal. Tesis para optar por el título de doctora en Derecho. Universidad Escuela Libre de Derecho.

Salas Castro Juan Carlos (2001). Autoría y Participación en la Omisión Impropia. Tesis para optar por el título de licencia en Derecho. Universidad de Costa Rica.

Salto Van Der Laat Diego (1997). El método de interpretación según la realidad económica en el Derecho Tributario Costarricense. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho. Universidad Escuela Libre de Derecho.

Revistas

Castillo González Francisco (2004). “La Exclusión Dolosa de la Tipicidad y la Analogía in Malam Partem. El Caso del Banco Anglo Costarricense”. Ciencias Penales. San José, Asociación de Ciencias Penales, editorial Internem, Volumen 16 (22), septiembre, pp. 67-73.

Castillo González Francisco (2006). “La Exclusión Dolosa de la Tipicidad y la Analogía in Malam Partem. Interpretación y Aplicación de la Ley Penal”. Anuario de Derecho Penal. Lima, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, primera edición mayo, pp. 319-331.

Chinchilla Sandí Carlos (2005). “Comentarios a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública”. El Foro. San José, Revista del Colegio de Abogados de Costa Rica, año 4, número 6, agosto, pp. 54-65

Cubillo Miranda Juan Carlos (2006). “Reflexiones sobre la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, a un año de su entrada en vigencia. Propuestas de Reforma”. Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica. San José, Revista especializada en Criminología y Derecho Penal, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, número 9, pp. 7-13

Luzón Peña Diego Manuel (1994). “Actio Ilícita in Causa y provocación en las causas de justificación”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Tomo 47, Fascículo 3, septiembre-diciembre, pp. 61-86

Suay Hernández Blanca (1986). “El delito de daños en cosa propia de utilidad social y el fraude de ley. Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luís Jiménez de Asúa”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, Universidad Complutense, junio, pp. 639-649

Vogel Joachim (1994). "Fraude de Ley, Abuso de Derecho y Negocio Ficticio en el Derecho Penal Europeo". Estudios de Derecho Penal Económico. Cuenca, Estudios de la Universidad de Castilla-La Mancha, estudios 18, pp. 317-328

Leyes y Códigos

Constitución Política de Costa Rica, 1949. San José, editorial Antares del Este, primera edición, 2003.

Código Penal. Ley N° 4573 del 3 de noviembre de 1971. San José, Librería Investigación Jurídicas S.A. Preparado por Ulises Zúñiga Morales, 2007.

Código Procesal Penal. Ley N° 7594 del 10 de abril de 1996. Librería Investigación Jurídicas S.A. Preparado por Ulises Zúñiga Morales, 2005. B.P.

Código Civil. Ley N° 7020 del 6 de enero de 1986, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., doceava edición, preparado por Gerardo Parajeles Vindas, 2004, 370 p. B.P.

Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. N° 8422 del 27 de mayo del 2004.

Ley General de la Administración Pública con jurisprudencia constitucional, laboral, penal, contencioso administrativa, incluye resoluciones sobre procedimiento administrativo y debido proceso. Ley N° 6227 del 10 de mayo de 1978, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., tercera edición, preparada por Jorge Córdoba Ortega, 2005, 705p. B.P.

Páginas de Internet

Universidad Complutense de Madrid. <<http://www.ucm.es>> [Consulta 18-04-2009].

Jiménez Cano Roberto Marino (1999). "Sobre los principios generales del Derecho Especial consideración en Derecho Español". **Revista Telemática de Filosofía del Derecho.** Madrid, octubre, pp. 1-2. <<http://www.filosofíayderecho.com./rtfd/numero3/1-3.pdf>> [Consulta: 20 agosto. 2009].

Código Penal Español. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. <http://www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm>. [Consulta: 28 agosto. 2009].

Jurisprudencia

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 092-F-93 de las nueve horas con veinte minutos del doce de marzo de mil novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 430 de las ocho horas y cincuenta y cinco minutos del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 651-2002 de las ocho horas cincuenta y cinco minutos del cinco de julio del dos mil dos.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 2003-00822 de las diez horas cincuenta minutos del veintidós de setiembre de dos mil tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 2004-00451 de las doce horas del siete de mayo del dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 0999-2004 de las once horas diez minutos del veinte de agosto del dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 2005-01001 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del dos de septiembre del dos mil cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 0584-2008 de las diez horas dieciocho minutos del veintitrés de mayo del dos mil ocho.

Entrevistas

Francisco Castillo González (2009). El fraude de Ley en el Derecho Penal. Entrevista: Atenas, 2 de mayo de 2009.