

DEL CONTROL POLITICO AL CONTROL CONSTITUCIONAL: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

Gilbert Armijo¹

1.- Introducción; 2.- El control de legalidad como fin político-criminal; 2.1.- La defensa del ciudadano vs. la arbitrariedad; 2.2.- La crisis del principio de legalidad o la ineficacia del control constitucional en la primera parte del siglo XX; 2.2.1.- Falta de sujeción del legislador a la Constitución; 2.2.2.- Falta de sujeción del Juez a la Constitución; 2.2.3.- Sujeción del contralor de constitucionalidad a la ley; 3.- Fundamento político-constitucional del principio de legalidad penal; 3.1.- Sometimiento del legislador a la justicia constitucional; 3.2.- Límites a las técnicas de elusión del principio de legalidad; 4.- El contenido esencial del principio de legalidad; 4.1.- La reserva de ley; 4.2.- La prohibición de analogía o el principio de taxatividad; 4.3.- El principio de irretroactividad; 5.- Técnicas legislativas tendentes a vaciar el contenido esencial del principio de legalidad; 5.1.- El legislador tiende a experimentar con los tipos penales y espera ver la reacción de la praxis jurisprudencial; 5.2.- Las técnicas legislativas autoritarias.; 5.3.- La ambigüedad de la ley como resultado de la incapacidad del legislador para elaborar leyes precisas; 5.4.- Los tipos penales abiertos; 6.- El valor vinculante erga omnes de la jurisprudencia constitucional; 7.- Conclusión.

1.- Introducción.

En mi carácter de operador judicial quiero agradecerles su gentil invitación para debatir en el curso “Temas claves de la Constitución a sus 50 años de vigencia”². En este sentido quiero compartir algunas inquietudes sobre el fundamento político-criminal y jurídico-constitucional del principio de legalidad en materia penal, sin que lo que se diga este día sea una única alternativa o se considere excluyente cualquier otra explicación del fenómeno. Nuestro interés es realizar una primera aproximación a la discusión.

2.-El control de legalidad como fin político-criminal.

Sin adentrarnos en una reconstrucción histórica, podemos afirmar, que el principio de legalidad y la prohibición de analogía de la ley penal como garantía y límite de la libertad, sólo queda elaborado con el pensamiento iluminista y, con su vertiente del enciclopedismo (Francia) que se traslada rápidamente a toda la sociedad occidental. Este principio lo encontramos definido a través del aforismo latino “*nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*”. En otras palabras, no

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Profesor del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Costa Rica y de la Maestría de la Universidad Nacional. Premio “Alberto Brenes Córdoba 1996” otorgado por el Colegio de Abogados. Premio “Ulises Odio Santos 1998” otorgado por el Poder Judicial. Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

² El presente artículo se basa en la ponencia presentada en el encuentro sobre “Temas claves de la Constitución a sus cincuenta años de vigencia” organizado por el Colegio de Abogados de Costa Rica y que ha sido actualizada en homenaje al Prof. Dr. Francisco Castillo González.

hay crimen, ni se puede aplicar una pena, sin una ley penal previa que así lo establezca. Lo expuesto constituye una auténtica garantía de las libertades individuales³. Se basa en la necesidad de seguridad jurídica y la libertad del individuo. Está orientado a determinar el ámbito de lo ilícito, con incidencia de no aplicar en forma analógica la ley penal. Lleva implícita la necesidad de no dar efecto retroactivo a la ley penal más severa.

2.1.- La defensa del ciudadano vs. la arbitrariedad.

El principio de legalidad surge como reacción a las prácticas preilustrada presididas por la analogía y la costumbre en la aplicación de la ley. Sobre este aspecto, Hassemer, nos recuerda que “en la época del *Derecho natural*, el legislador penal tenía realmente que preocuparse poco por la justicia de sus leyes: para justificar el derecho positivo bastaba que éste coincidiera con el Derecho natural, con el buen derecho antiguo. Para la teoría del Derecho natural, el legislador no tenía que fundamentar su derecho, sino deducirlo. La Ilustración debilitó la posición del legislador de un modo importante, al elevar las exigencias de legitimación y cambiar su cualidad. La crítica del conocimiento demostró que los preceptos del Derecho natural en todo caso no pueden ser trasvasados sin más, desde el cielo (en el que quizá se encuentran) al suelo del derecho positivo sin dañarlos o modificarlos. El cielo queda desde ahora mudo”⁴.

Como resultado de estas ideas, así como del trabajo de Cesare Beccaria (De los delitos y de las penas), se introduce el principio de legalidad en las primeras constituciones y en los códigos penales: en la Petition of Rights americana de 1774 (artículo 8)⁵, en la declaración de Maryland (artículo 15)⁶ en las enmiendas V, VI y VII de Constitución de los Estados Unidos de 1787, en los artículos 5, 7⁷ y 8⁸ de la Declaración francesa de los derechos del hombre de 1789, 11 y 20 del código

³ Desde los años setenta, los penalistas, ven en este principio algo más que una garantía penal. Para un gran sector “el principio de legalidad hoy, es, ante todo, un postulado de “garantía”, que según JESCHECK compone la “parte formal” del principio del Estado de derecho. Mejor sería entender que, bajo un aspecto exterior formal, late una íntima referencia material al Estado de derecho. La constatación del cumplimiento por la ley positiva de los enunciados del principio de legalidad es, como indica en España RODRÍGUEZ MURILLO y ratifica MUÑOZ CONDE, “piedra de toque para comprobar se respetan o no las exigencias de un Estado de derecho”...precisa determinación que constituye la insubstituible garantía de seguridad política para los derechos fundamentales de la persona, cuyo logro representa para un Estado de derecho una verdadera exigencia ética”. QUINTANO OLIVARES, G. **Represión penal y Estado de derecho**. Barcelona: Dirosa, 1976, p. 52.

⁴ HASSEMER, W. **Fundamentos de derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984, p. 312.

⁵ Art. 8: ...Ningún hombre sea privado de su libertad, excepto por la ley del país o el juicio de sus pares”

⁶ Es la primera que hace referencia expresa a la prohibición de retroactividad, al exponer que: “las leyes retrospectivas que castiguen hechos cometidos antes de la existencia de tales leyes, y declaradas criminales sólo por ellas, son opresivas, injustas e incompatibles con la libertad, por lo tanto no debiera hacerse ninguna ley ex post facto”.

⁷ El artículo 7 señalaba: “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y según las formas que ella prescribe”.

⁸ El artículo 8 disponía: “La ley no debe establecer más que las penas estricta y evidentemente necesaria, y ninguno puede ser sancionado más que en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”

prusiano de 1794, el artículo 4 del Código penal francés de 1810, en donde encontramos definido el principio de legalidad de la siguiente manera: “Ninguna contravención, ningún delito, ningún crimen, puede ser castigado con penas que no estuviesen establecidas por la ley antes de que fuesen cometidos”, supuestos que se repiten posteriormente en otras muchas legislaciones.

El juicio que subyace en estas primeras declaraciones constitucionales y legislativas es el de la protección del ciudadano contra la arbitrariedad. Se establece que solo una ley general y abstracta, dictada con las garantías de objetividad que brinda el procedimiento legislativo, puede darle vida a la ley penal. Será a partir de este momento que, el derecho penal, debido a la especial intensidad de sus sanciones, pero, sobre todo debido a la estigmatización directa e indirecta que produce un fallo condenatorio, va a estar presidido por el principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” (acuñado por Johann Anselm von Feuerbach).

Por otro lado, será Binding⁹, en 1885, el que le dará al principio de legalidad, su doble fundamento, político y jurídico. La concepción política tiene sus bases en la teoría de la división de poderes de Montesquieu: sólo el poder legislativo puede, en exclusiva, tipificar una conducta como delito. Los jueces deben solo juzgar el caso concreto, ya que si interpretaran desvirtuarían la voluntad del pueblo expresada en la ley penal. Surge así que las prohibiciones de analogía y de la utilización del derecho consuetudinario, responden al principio político de que este campo está reservado para el legislador. No ocurre lo mismo con el principio de retroactividad, pues en todo caso el juez aplica al pasado la ley penal más favorable emitida por el parlamento. Aunque hoy día se cuestiona la fórmula del doble fundamento político y jurídico del principio de legalidad, los influyentes estudios que le han dado base, obligan a examinar, aún de manera breve su incidencia sobre el control constitucional.

2.2.- La crisis del principio de legalidad o la ineficacia del control constitucional en la primera parte del siglo XX.

Durante la primera parte del siglo XX se produzca una profunda crisis del principio de legalidad desde el punto de vista del control constitucional. Esta aseveración puede resultar excesiva, en la actualidad, pero responde al desarrollo constitucional del Derecho Continental. Ciertamente, para la doctrina dominante, es un hecho incuestionable que la Constitución es la norma fundamental que da validez a todo el orden jurídico del Estado¹⁰. También damos por cierto que, conforme

⁹ BINDIG, K. **Handbuch des Strafrechts**. Leipzig, 1885, pp. 20 y ss.

¹⁰ Para Monroy Cabra, de esta afirmación se desprenden las siguientes consecuencias: “La primera es que la violación de la Constitución por la ley conlleva la inconstitucionalidad de ésta. La segunda consecuencia es que la Constitución como auténtica norma jurídica es directamente aplicable en materia de derechos y libertades. La tercera consecuencia es la interpretación de todas las normas jurídicas conforme a la Constitución. La cuarta consecuencia es que como norma suprema vincula a los poderes públicos. La quinta consecuencia es la derogatoria de todas las normas contrarias a la Constitución y la inconstitucionalidad sobreviviente de las normas anteriores a la Constitución. La sexta consecuencia es que la Constitución no solo es norma suprema sino norma delimitadora del sistema de fuentes del derecho. A lo anterior hay que agregar la dimensión axiológica de la Constitución, que tiene unos principios y valores que permiten la adaptación de

enseñó García de Enterría, la Constitución es una norma y como tal produce efectos jurídicos¹¹. Tampoco cuestionamos las enseñanzas de Hans Kelsen y su “Teoría pura del derecho”, donde se nos expone que el orden jurídico debe ser acorde con la Ley constitucional y no debe sublevarse contra ella. La Constitución es suprema y hay imperatividad en la prohibición de hacer lo contrario, o de dejar de hacer lo que prescribe¹². No obstante, en el período anterior a la II Guerra Mundial, la Constitución era sólo el fundamento programático de los derechos fundamentales de los países bajo la órbita del Derecho Continental. Básicamente, existían tres supuestos que impedían la eficacia de la Constitución.

2.2.1.- Falta de sujeción del legislador a la Constitución.

Así por ejemplo en la Alemania Nazi¹³, mediante la ley de 28 de julio de 1935, se sustituyó el principio de legalidad que consagraba el artículo 2 del Código Penal de 1871, por la siguiente norma: “Será castigado quién cometa un hecho que la ley declare punible o que sea merecedor de castigo según el concepto fundamental de una ley penal y según *el sano sentimiento del pueblo*. Si contra el hecho no encuentra inmediata aplicación ninguna ley penal, *el hecho se castigará sobre la base de aquella ley penal cuyo concepto fundamental mejor se le adapte*”¹⁴ (la cursiva no es del original). Sin embargo, esta corriente no era solo el resultado de una filosofía política determinada. Ferrajoli, nos recuerda que en su momento, este fue un movimiento que afectó a Europa entera y fue ampliamente compartida por la cultura jurídica de principios del siglo XX, desde el positivismo al iuspositivismo. Personalidades de la talla de Giuseppe Maggiore, Francesco Carnelutti o Eugenio Florin, quién es su momento exclamó: “Queremos la retroactividad sobre los hechos para los que la ley nueva haya modificado de un modo u otro su represión”.¹⁵ El resultado de este movimiento fue la falta de imperatividad constitucional del principio de legalidad.

2.2.2.- Falta de sujeción del juez a la Constitución.

la Constitución a las nuevas realidades del país. La fuente primera del todo el derecho es, en el Estado constitucional, la Constitución y no la ley”. MONROY CABRA, M.G. “*Concepto de Constitución*”, en **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, México: Konrad Adenauer, 2005, tomo I, p. 28.

¹¹ Para García de Enterría “...la Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y de derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder deber cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico”. GARCIA DE ENTERRIA, E. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, 3ª. Ed., Civitas, Madrid, 2001, p.48.

¹² ARMIJO SANCHO, G. **El control constitucional en el proceso penal**. San José: Editec, 1992, p. 22.

¹³ Sobre como el legislador puede vaciar el contenido esencial de la Constitución ver BRAND, J. “*La evolución del concepto europeo de Estado de derecho*”, en **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, México: Konrad Adenauer, 2006, tomo I, p. 39.

¹⁴ Artículo 2 del Código Penal Alemán del 18 de julio de 1935.

¹⁵ FLORIAN, citado por FERRAJOLI, L. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1997, p. 384.

Es cierto, que los jueces siempre han aceptado que la Constitución es el punto de partida político ineludible de nuestro derecho penal y procesal penal. Sin embargo, la realidad ha sido otra. El orden jurídico aplicable materialmente por los tribunales no tenía otro enlace con la Constitución que el de proceder de las fuentes del derecho que ésta definía, pero esa procedencia se reducía a los aspectos formales organizatorios, sin expresarse en el sentido de una relación internormativa jerárquica. Esta situación se agrava porque los derechos y garantías, para la mayoría de los jueces, se expresan en principios muy generales, cuya aplicación práctica sólo es entendible a través de las leyes ordinarias. En este período previo a la existencia de la Sala Constitucional en Costa Rica, los derechos fundamentales sólo eran comprensibles a través del proceso penal. La Constitución ejercía en esta materia una influencia reducida, por no decir prácticamente nula, circunscrita por lo general a la aplicación que de ella hiciera la Sala de Casación Penal. En consecuencia, teníamos un buen sistema penal de fondo, pero ajeno al derecho constitucional; habíamos olvidado que las normas penales son simples instrumentos que desarrollan la Constitución¹⁶.

2.2.3.-Sujeción del contralor de constitucionalidad a la ley.

Antes de la reforma que creo la jurisdicción constitucional costarricense (1990), existían pocos medios para tornar efectiva la Constitución. Por disposición del constituyente el recurso de inconstitucionalidad de las leyes era fácilmente controlable por la minoría de la Corte Plena¹⁷. Esto significaba que el recurso funcionaba con un criterio restrictivo e inoperante. Podía darse la situación de que la mayoría de los Magistrados sostuvieran que una ley penal era inconstitucional, por violar el principio de legalidad penal, pero si no contaban con la mayoría calificada esa ley se consideraba constitucional. Quizá la consecuencia más seria que puede extraerse, es que de conformidad con el artículo 967 del Código de Procedimientos Civiles de la época, cuando la ley o el acto impugnado fuera considerado constitucional no pueden presentarse ni son admisibles nuevas demandas de inaplicabilidad sobre el mismo punto¹⁸. Para que este fenómeno se diera, fueron necesarias ciertas condiciones. En nuestro país, el sistema judicial y constitucional, anterior a 1989, se orientó hacia el dogma de la soberanía de la Asamblea Legislativa, que implicaba la superioridad absoluta de las leyes y la imposibilidad imperiosa para los jueces de controlarla. De hecho, desde la revolución francesa de

¹⁶ ARMIJO SANCHO, G. **Op. cit.**, pp. 25 a 32.

¹⁷ El art. 128 de la Constitución Política establecía: “si la Corte, por votación no menor de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros declare que el proyecto contiene disposiciones inconstitucionales” Reformado por la ley N. 7128 de 18 de agosto de 1989.

¹⁸ “Quién hubiese establecido la demanda de inaplicabilidad no podrá tampoco plantear otras relacionadas con el asunto judicial que motivó la primera, aún cuando las funde en distintos motivos. Las que se presenten en contravención de lo anteriormente indicado, son rechazadas de plano, lo mismo que las que promueven las partes que figuren en los juicios pendientes de resolución a la hora de plantear la demanda de inconstitucionalidad y en los que la norma o acto declarado constitucionalmente legítimo también haya de ser eventualmente aplicado”. HERNÁNDEZ, R. **El control de la constitucionalidad de las leyes**. San José: Juricentro, 1978, p. 107.

1789, esta fue la manera apropiada de pensar. En consecuencia nuestros jueces (ordinarios y constitucionales) no hacían nada más que proclamar la plena supremacía de una ley preestablecida, escrita, clara, “positiva”, que incorporaba la voluntad suprema e indiscutible de la legislación popular. En otras palabras, el principio de legalidad¹⁹, como dogma indiscutible e incuestionable por la jurisdicción constitucional²⁰.

De todo lo dicho podemos sacar la siguiente conclusión provisional: En un primer momento, el principio de legalidad tiene un doble fundamento político y jurídico. Lo cual implica que para la doctrina dominante, en el Derecho Continental, la división de poderes no contempla el control constitucional como un elemento esencial de la relación de frenos y contrapesos entre los poderes del Estado²¹.

3.- Fundamento político-constitucional del principio de legalidad penal.

En nuestro caso, a diferencia de lo que ocurre en Europa, el final de la II Guerra Mundial no significó un renacimiento de lo que se denominó para el Derecho Continental “New Bill of Rights”. En países como Austria (1945), Japón (1947), Italia (1948) o la República Federal Alemana (1949). Tendríamos que esperar la llegada del último decenio de este siglo para que se hicieran realidad algunos de los cambios que Europa presencia en los años cincuenta²².

3.1. Sometimiento del legislador a la justicia constitucional.

La institución del control constitucional de las leyes alcanza excepcional importancia, en Europa y en el mundo, desde el punto de vista democrático. La década de los años cincuenta es una época de cambios, influida por una constante búsqueda de la protección del hombre frente al uso arbitrario del poder penal del Estado (formal o material). La aplicación por los jueces constitucionales de las normas programáticas, les facilitan un alto grado de discrecionalidad en su

¹⁹ De no hacerlo así, el ordenamiento penal se encargaba de la corrección del juez, a través del delito de prevaricato que ordena: “...se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley...” (Art. 350 del Código Penal).

²⁰ Esta situación era evidente en la mayoría de los países del Derecho Continental, situación que hizo exclamar a Lowenstein: “... en nuestra época que la legitimidad de todo el dominio se deriva exclusivamente de la voluntad del pueblo, se ha introducido un nuevo rasgo en el repertorio político: la autocracia encubre su estructura autocrática detrás de unas pretendidas instituciones y técnicas constitucionales”. LOWENSTEIN, K. **Teoría de la Constitución**. Barcelona, 1964, p. 75.

²¹ Esta aseveración, se aplica incluso, para el constitucionalismo europeo, pues Kelsen estructura para Austria un sistema donde los jueces no pueden inaplicar las leyes inconstitucionales. Estas conservan su eficacia, hasta que así sean declaradas por el Tribunal Constitucional. A esta institución también se le ponen límites formales: no puede bajo ninguna circunstancia analizar la justicia del caso concreto y su actuación debe limitarse a examinar la validez de la ley. Diversa situación acontece con la normativa constitucional norteamericana, que se completa con lo que denominan “judicial review” (Constitución Federal de 1787). En ella se establece que la “Constitución vincula al juez más fuertemente que las leyes, las cuales sólo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución”. CORVIN, S.E. **The doctrine of judicial review. Its legal and historical basic and other essays**. 1914, repr. Gloucester, Mass., 1963, pp. 71 y ss.

²² Para un estudio histórico del control de la constitucionalidad de las leyes en Costa Rica, anterior a la existencia de la Sala Constitucional, puede consultarse HERNÁNDEZ, R. **El control de la constitucionalidad de las leyes**. San José: Juricentro, 1978.

interpretación y aplicación a los casos concretos. De esta forma se cierra el sistema de garantías mediante la sujeción no sólo del juez a la ley penal, sino también del legislador. Esta situación acontece porque la experiencia alemana había demostrado, que nada le impedía al legislador autorizar la analogía o aplicar retroactivamente la ley en perjuicio de aquellos que eran considerados enemigos del Estado. Con el sometimiento del legislador a la justicia constitucional se da la primera condición indispensable para la plena efectividad del control político-constitucional del principio de legalidad. La justificación para el ejercicio de este control, no sólo es legal o constitucional, sino que deviene del objeto mismo del derecho penal: la libertad individual. Desde el punto de vista político, esta sujeción se logra con la aceptación del “carácter de norma fundamental de las constituciones, a cuyo respeto se haya ligado el propio legislador”²³. De lo expuesto podemos inferir, que cuando nos referimos al principio constitucional de legalidad, no significa que éste tenga una connotación neutra. Por el contrario, el principio de legalidad penal tal y como ha sido definido por el aforismo de Johann Anselm von Feuerbach, “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, responde a una concepción definida dentro de la política criminal. En su momento, Feuerbach, lo utiliza como supuesto de su doctrina de la coacción psíquica²⁴. En la actualidad tiene una connotación política. Dentro del sistema democrático, cumple una función garantista de la libertad individual frente a la arbitrariedad estatal a través de la realización del derecho penal.

Esto no significa que el principio de legalidad, éste ausente en el Estado autoritario, en donde se trata de lograr, por encima de todo, la preeminencia de la voluntad estatal frente a posibles desviaciones del poder judicial²⁵. En las democracias éste sentido político-constitucional, es lo que impide que el derecho penal sea un medio grosero de represión y coacción para convertirse en un derecho penal de garantías. En la Ilustración se dijo que el principio de legalidad constituía la Carta Magna de Libertad del Ciudadano y no sólo la Carta Magna de Libertad del Delincuente. En estas ideas encontramos las bases políticas-constitucionales del derecho penal de garantías.

3.2.- Límites a las técnicas de elusión del principio de legalidad.

Todo parece indicar que la segunda parte del siglo XX se caracteriza por enfrentar el problema de la opresión gubernativa (judicial o legislativa), a través de la justicia constitucional de las libertades. Sólo de esta manera es factible controlar aquellos mecanismos, aún dentro de los Estados democráticos, que la doctrina ha

²³ MADRID CONESA, F. **La legalidad del delito**. Valencia: Artes Gráficas Soler, 1983, p. 33-34.

²⁴ Consideraba Johann Anselm von Feuerbach, que “Sí el Estado ha de evitar lesiones de derechos, esto solo lo puede conseguir a través de la aplicación de una coacción psicológica que sea *anterior* a la realización de cualquier lesión, de tal forma que motive a todos para que no realicen tales lesiones. Si una persona desea cometer un delito, el Estado ha de combatir este deseo mediante la amenaza de un mal mayor al bien que supone la ventaja que le va a reportar la comisión del delito. Este mal mayor es la pena. El ciudadano que se encuentre ante la tentación de realizar el delito se abstendrá de ello”. BACH, J. A., citado por MADRID, F. **La legalidad del delito**. Valencia: Artes Gráficas Soler, 1983, p. 6. En igual sentido MORA MORA, L.P. y NAVARRO SOLANO, S. **Op. cit.**, p. 68.

²⁵ NUVOLONE, P. **Il sistema del diritto penale**. Padova, 1975, p. 132.

denominado “técnicas de elusión del principio de legalidad”²⁶, que Cobo del Rosal, resume de la siguiente manera: “El exorbitante Derecho penal preventivo, las ideas totalitarias imperativistas, la llamada defensa social –tan acertadamente criticadas en relación con nuestro tema por Rodríguez Mourullo-, los elementos valorativos del tipo, las cláusulas generales, los tipos penales abiertos (flexibles), las leyes penales indeterminadas o en blanco, la incriminación de puros talantes subjetivos, el uso y el abuso de elementos subjetivos del tipo, la valoración moralista de la prueba y un largo etc., son los enemigos naturales, por supuesto desde la propia legalidad –y de ahí su grave crisis- del principio de legalidad, mediante la utilización de refinada técnica jurídica por el Estado moderno en su deseo de exigir cada vez más poder, en detrimento de las garantías jurídicas, formales y sustanciales de los derechos individuales de la persona”.²⁷

En Costa Rica, por así disponerlo la ley procesal penal, el control sobre las técnicas de evasión del principio de legalidad, sólo era factible realizarlo formalmente a través de la Sala de Casación Penal. Antes de los años noventa, el control material, era ajeno a la labor fiscalizadora de los tribunales de justicia. Este control material y formal se hace realidad a partir de la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución (Ley N. 7128 de 18 de agosto de 1989, vigente desde el 1 de setiembre de ese año), y sobre todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley N. 7135 de octubre de 1989), no solo se establece la Sala Constitucional sino con ella reaparece bajo una nueva dimensión el control constitucional de las leyes. El resurgimiento del control constitucional significa en nuestro medio, desde el punto de vista político, lo que también ha sido una realidad para Alemania y conlleva que en la actualidad el principio de legalidad, sólo sea comprensible como un límite tanto para el legislador como para el juez²⁸.

La doctrina alemana (Jescheck, Roxin, Hassemer, entre otros) sostiene que el principio de legalidad puede resumirse de la siguiente manera: “*Nullum crimen sine lege scripta, certa y previa*”. Este aforismo no puede ser trasladado automáticamente a nuestro medio, pues nosotros tenemos nuestras propias particularidades. Así por ejemplo, para el ordenamiento constitucional costarricense,

²⁶ Este problema, para burlar los controles materiales del principio de legalidad se detectó, desde los años 70. Sobre estos primeros estudios puede consultarse RODRIGUEZ MOURULLO, G. **Derecho penal**. Vol. I. Madrid, 1977, pp. 61 y ss

²⁷ COBO DEL ROSAL, M., citado por BOIX REIG, J. El principio de legalidad en la Constitución. En **Repercusiones de la Constitución en el derecho penal**. 1983, p. 55. Véase también HASSEMER, W. “*El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficiente*”, en **Crítica al derecho penal de hoy**. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1998. CHIRINO SANCHEZ, A. *La “criminalidad organizada” como un nuevo topos de la política de seguridad y orden. Algunas consideraciones sobre los cambios procesales surgidos en el ímpetu de estas políticas*”, en **Principio de Oportunidad y Persecución de la Criminalidad Organizada. (Problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal eficiente)**. Ediciones Jurídicas Arete, San José, Costa Rica, 2000.

²⁸ **Sala Constitucional**, N. 2006-05298, de las 8:30 horas del 21 de abril de 2006. Consulta legislativa facultativa sobre el proyecto de Penalización de la violencia contra las mujeres. En este caso, la Sala IV se pronuncio señalando que los tipos penales, no cumplen los requisitos básicos del principio de legalidad por abstractos e indeterminados, de tal manera, que el ciudadano no puede tener certeza sobre cual es la conducta prohibida.

la reserva de ley penal es un elemento esencial del principio de legalidad. Sin embargo, la doctrina alemana, no suele tratarlo. Empero, desde el punto de vista de política constitucional es interesante conocer el significado de este principio frente al juez y al legislador. Hassemer nos ilustra sobre la trascendencia de este nuevo límite de la siguiente manera: "...del legislador exige que formule las prescripciones del delito del modo más preciso posible (*nullum crimen sine lege certa*) y que las leyes no tengan efecto retroactivo (*nullum crimen sine lege praevia*). Del juez exige que sus condenas se basen en la ley escrita y no en el derecho consuetudinario (*nullum crimen sine lege scripta*) y que no amplíe la ley escrita en perjuicio del afectado (*nullum crimen sine lege stricta*: la llamada "prohibición de analogía")"²⁹. Lo expuesto significa una toma de posición frente a las garantías que nutren el principio de legalidad; pues la doctrina no es unánime en cuanto a los elementos que lo integran. Para los italianos, la cuestión se simplifica al reducirse a tres principios: reserva de ley, taxatividad e irretroactividad. La prohibición de analogía no se menciona expresamente pero debe entenderse como parte de la clasificación tripartita mencionada.

4.- El contenido esencial del principio de legalidad.

Tras este vistazo general al principio de legalidad, debemos tratar de desentrañar como lo implementa nuestra Constitución. En términos generales, debemos indicar que nuestra Constitución no contiene una norma específica de donde se desprendan todos los elementos integrantes del principio de legalidad, sino que debe acudir a diversos preceptos constitucionales (artículos 11, 28, 34 y 39). Pese a ello, esta situación no ha degenerado en mayores problemas para la doctrina nacional. En nuestro caso, no ha surgido la necesidad de hacer derivar el principio de legalidad de un modo absoluto y unitario del texto constitucional³⁰. Obviamente, una disposición de ese tipo favorecería en mucho su interpretación y evitaría un desarrollo fragmentado del concepto. A pesar de ello, hemos comprendido que el constituyente lo establece de manera gradual y garantista. En este sentido el artículo 39 dispone que: "A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionada por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente...". De dicha norma se desprende la dicotomía político-criminal enunciada por Biling. El poder legislativo, como detentador de la potestad de legislar (art. 105 de la Constitución), tiene el deber de ejercer dicha función

²⁹ HASSEMER, W. **Op. cit.**, p. 313-314.

³⁰ Diversos instrumentos internacionales también recogen ese principio. La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en el artículo 11 párrafo segundo: "*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional.*" La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en el artículo 9 que; "*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.*" El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 15 párrafo primero establece: "*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.*" **Sala Constitucional**, sentencia N. 2872-06, de las 14:41 horas del 1 de marzo de 2006.

mediante la creación de tipos penales taxativos y el juez tiene la obligación de aplicar la ley conforme a la Constitución (art. 39 de la Constitución).

Este texto incorpora el principio de legalidad penal, siguiendo parcialmente las exigencias de la doctrina actual alemana e italiana. Ciertamente, no contiene todos y cada uno de los elementos exigidos para la composición del principio, pues esta ausente el *non bis in idem*. De los elementos que integran esta norma constitucional, podemos inferir algunas de las expresiones más importantes del principio de legalidad. Entre ellas merecen enunciarse las siguientes:

4.1.- La reserva de ley.

En el artículo 39, la Sala Constitucional ha reconocido en múltiples sentencias, hasta el punto de poder ser considerada doctrina permanente y consolidada, la reserva de ley en materia penal. Y la ha reconocido en un doble sentido material y formal. El primer supuesto implica que la ley ha de contener el núcleo esencial del delito así como las consecuencias jurídicas³¹. El segundo aspecto, debe entenderse de que la prohibición ha de tener el rango de ley³². Otro precepto constitucional al menos, se refiere a la reserva de ley. Así el artículo 28 especifica que “nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley”. Esta norma completa la necesidad de la reserva de ley. La Sala Constitucional, interpretando dicha norma ha señalado que sólo mediante el procedimiento constitucional mediante el cual se crea la ley formal, es factible limitar o restringir los derechos fundamentales de los ciudadanos. En todo caso, cuando la ley autorice que un reglamento ejecutivo la desarrolle éste debe respetar rigurosamente el “contenido esencial”³³. Es claro, para la Sala, que ningún reglamento ejecutivo puede “*incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas*”³⁴, como tampoco los reglamentos autónomos o cualquier otro acto o norma de rango inferior puede, aún por disposición de ley, “*delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella esta habilitada a imponer*”³⁵. El respeto del contenido esencial, es lo que le permite a la Sala afirmar, ante el problema de la ley penal en blanco, cuando

³¹ “Esta garantía resulta incompleta sino se le relaciona con la tipicidad, que exige a su vez que las conductas delictivas se encuentren acunadas en tipos, en normas en las que se especifique con detalle en qué consiste la conducta delictiva.” **Sala Constitucional**, sentencia N. 1876-90 de las 16:00 horas del 19 de diciembre de 1990, criterio que se mantiene hasta la actualidad, ver **Sala Constitucional**, sentencia N. 2006-05298, de las 8:30 horas 21 de abril de 2006.

³² “El artículo 39 de la Constitución Política recepta el principio de reserva de ley mediante el cual todos los actos gravosos para los ciudadanos, provenientes de autoridades públicas, deben estar acordados en una ley formal. Dicho principio adquiere marcada importancia en materia penal, pues tratándose de delitos y penas, la ley es la única fuente creadora” **Sala Constitucional**, sentencia N. 1877-90 de las 16:02 horas del 19 de diciembre de 1990.

³³ En el Derecho alemán, aparece el contenido esencial como una reacción frente al vaciamiento de los derechos fundamentales reconocidos por WEIMAR *unter Vorbehalt des Gesetzes*. La garantía del contenido esencial vendría a cerrar así el sistema contrapesando la libertad del legislador al establecer un tope, único, a su labor de límites de derechos.

³⁴ **Sala Constitucional**, sentencia N. 3550-90 de las 16:00 horas del 24 de noviembre de 1990.

³⁵ **Sala Constitucional**, sentencia N. 3550-90 de las 16 horas del 24 de noviembre de 1990.

es factible completar una norma penal por medio de un reglamento, siempre que la “ley que remite establezca con suficiente claridad los presupuestos de la punibilidad, así como la clase y extensión de la pena”³⁶. Conforme se desprende del extracto citado, la Sala toma una decisión de política criminal, frente a un problema que divide a la doctrina. Por un lado, se pretende que la ley penal agote la definición de la conducta que va a ser delictiva. Por otro, se admite la dificultad, para que la ley prevea la totalidad de la materia que queda prohibida a través de los tipos penales. Existe una tercera opción que es la admitida por la Sala, en la cual se acepta como lícito que la norma penal necesariamente debe remitirse a otra para que la complemente³⁷. Este último supuesto no está libre de inconvenientes, pues es factible que se cause confusión tanto en el legislador como en el operador judicial, razón por la cual la Sala ha analizado sus alcances en diferentes resoluciones y ha indicado que: “problemas de técnica legislativa hacen que en algunas oportunidades el legislador se vea obligado además de utilizar términos no del todo precisos (tranquilidad pública en el artículo 271 del Código Penal), o con gran capacidad de absorción (artificios o engaños en el artículo 216 del Código Penal), a relacionar la norma con otras, tema este que ya fue tratado por la Sala en el voto 1876-90 antes citado. Ambas prácticas pueden conllevar oscuridad a la norma y dificultar su comprensión, causando en algunos casos roces con las exigencias que conlleva la tipicidad como garantía aunque no necesariamente con la Constitución”³⁸. Podría indicarse que el artículo 28, considerado como desarrollo del artículo 39, se refiere también a la materia penal, pues, cualquier delito afecta necesariamente el desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas. Para la doctrina esto es claro, ya que cualquier tipificación de un delito y la previsión de una pena constituye una indudable afectación al derecho constitucional de libertad. La Sala Constitucional ha reconocido esta tesis, pues incluso en aquellas contravenciones que imponían una pena de multa fueron declaradas inconstitucionales al constituir, en criterio de la Sala, supuestos de violación de derechos fundamentales³⁹. En síntesis, podemos

³⁶ **Sala Constitucional**, sentencia N. 1876-90 de las 16:00 horas del 19 de noviembre 1990.

³⁷ “Es frecuente que dada la especialidad de la materia y la rapidez con que pueden variar las circunstancias - la materia económica y comercial es una de ellas- el legislador se vea obligado a recurrir a la técnica, en todo caso excepcional, de las denominadas leyes penales en blanco. La constitucionalidad de esta técnica legislativa es generalmente admitida, en tanto tenga límites que permitan impedir una completa arbitrariedad en manos de la autoridad administrativa, que es justamente lo que quiere evitar el principio de legalidad de los delitos. Para que la materia de prohibición pueda válidamente ser remitida a una disposición de rango inferior (ej. decretos ejecutivos) es necesario que la ley penal tenga autonomía y que la disposición de rango inferior sea dependiente o complementaria. Para ello es necesario que la materia prohibida aparezca por lo menos fijada en su núcleo esencial de manera que la disposición de rango inferior, a la que remite, se encargue de señalar condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios. En el caso de la Ley en estudio se indica en forma clara la acción prohibida y la sanción aplicable, remitiendo a una norma de rango inferior (lista oficial) para la fijación de porcentajes máximos de utilidad, técnica legislativa, en la que no encuentra la Sala ningún roce Constitucional”. **Sala Constitucional**, sentencia N. 2757-93, a las 14:45 horas del 15 de junio de 1993. **Sala Constitucional**, sentencia N. 5090-03, a las 14:44 horas del 11 de junio de 2003.

³⁸ **Sala Constitucional**, sentencia N.3004-92, a las 14:30 horas del 9 de octubre de 1993.

³⁹ **Sala Constitucional**, sentencia N. 1054-94, de las 15:24 horas del 22 de febrero de 1994. Si bien la Sala en materia administrativa disciplinaria, ha exigido el principio de tipicidad, en este caso no ha sido tan exigente con el legislador. Véase **Sala Constitucional**, sentencia N. 7690-01, a las 8:55 horas del 10 de agosto del 2001;

resumir la posición de la Sala Constitucional de la siguiente manera: “Reserva de ley en tal materia significa que el ordenamiento penal debe ser expresamente disciplinado por un acto de voluntad del poder del Estado al que compete según la Constitución la facultad de legislar, es decir, al Poder Legislativo. Así en un Estado Democrático de Derecho donde la columna vertebral son los derechos fundamentales y el respeto a la Supremacía de la Constitución, no existen excepciones en cuanto a los **delitos, faltas, contravenciones, penas o sanciones**, de estar reservados a la ley, solo a la ley y únicamente a la ley”⁴⁰.

4.2.- La prohibición de analogía o el principio de taxatividad.

Existe otra distinción que es digna de tomarse en consideración para identificar el principio constitucional de legalidad penal, y este consiste en recordar que los tipos delictivos -por lo general- no están ligados entre sí⁴¹. Son hechos aislados que el legislador ha escogido para sancionarlos dada la gravedad de los daños materiales o morales que producen. Por ello, no es posible forzar los conceptos para englobar conductas distintas, aunque semejantes o análogas⁴². De lo expuesto podemos derivar varias consecuencias: a) Toda conducta que no este descrita en la hipótesis genérica y abstracta de la ley, no puede constituir delito. b) El delito sólo puede ser sancionado con las penas fijadas por la misma ley para el caso concreto. c) La ley no puede ser aplicada analógicamente (arts. 9, 13 LJPI y 2 Código Penal)⁴³. Afirmado lo anterior, conviene realizar algunas matizaciones. La doctrina distingue la analogía en perjuicio del imputado y aquella que lo beneficia (in malam partem y in bonam partem). No obstante, sólo la primera esta prohibida por el principio de legalidad, en tanto afecta los derechos fundamentales del acusado. *El principio de taxatividad* responde a una obligación inherente al legislador. Por ello, la Sala ha reiterado en múltiples pronunciamientos que el tipo penal debe estar estructurado de la forma más clara y precisa posible. Para ello, debe describirse la conducta, la consecuencia de su violación (pena) y cual es el verbo activo o la acción constitutiva del hecho ilícito, entre otros aspectos. Ciertamente, el uso del idioma puede presentar problemas de concreción y claridad. Sin embargo, es

Sala Constitucional, sentencia N. 4895-02, a las 15:10 horas del 23 de mayo del 2002; **Sala Constitucional**, sentencia N. 13329-06, a las 17:32 horas del 6 de septiembre de 2006.

⁴⁰ **Sala Constitucional**, sentencia N. 5968-93, a las 15:18 horas del 16 de noviembre de 1993. Véase también, **Sala Constitucional**, sentencia 5090-03 de las 14:44 horas del 11 de junio de 2003.

⁴¹ Ver la tesis de la plenitud hermética del orden jurídico vigente. Cfr. KELSEN, H. **La teoría pura del derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 1964, pp. 138 y ss.

⁴² Jiménez de Asúa la describió de la siguiente manera: “...en la decisión de un caso penal no contenido en la ley, argumentando con el espíritu latente en ésta, a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto y, en los casos más extremos, acudiendo a los fundamentos del orden jurídico, tomados en su conjunto. Mediante el procedimiento analógico se trata de determinar una voluntad no expresa de las leyes que el propio legislador hubiere manifestado si hubiera podido tener en cuenta la situación que el juez debe juzgar; es decir, que se considera “latente” en aquellas”. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. **Op. cit.**, p. 122.

⁴³ Para Muñoz Conde y García Aran, la analogía no es propiamente una forma de interpretación de la ley, sino de aplicación o cuasi creación de la misma. Véase MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. **Derecho Penal. Parte general**. Valencia: Tirant lo blanch, 1993, p. 112.

necesario que la voluntad del legislador sea de tal naturaleza que le permita al ciudadano saber con certeza los alcances y sanciones de la norma penal. Sobre este aspecto, merece transcribirse el siguiente extracto, que con precisión aborda los diversos problemas inherentes a la tesis en estudio. “Al hacer referencia el constituyente en el citado artículo 39 al término "delito", se está refiriendo a una acción típica, antijurídica y culpable, a la que se le ha señalado como consecuencia una pena. De esos predicados de la acción para que sea constitutiva de delito, interesa ahora la tipicidad y su función de garantía ciudadana. Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica -contraria a derecho-, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencias insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que debe abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad, pues una ley que dijera por ejemplo, "será constitutiva de delito cualquier acción contraria a las buenas costumbres", ninguna garantía representa para la ciudadanía, aunque sea previa, en este caso será el criterio del juez el que venga a dar los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito, en cambio si el hecho delictivo se acuña en un tipo y además este es cerrado, el destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido, así, por ejemplo, el homicidio simple se encuentra cabalmente descrito en el artículo 111 del Código Penal: "Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de ocho a quince años". La función de garantía de la ley penal exige que los tipos sean redactados con la mayor claridad posible, para que tanto su contenido como sus límites puedan deducirse del texto lo más exactamente posible. Ya en voto 1876-90 de las dieciséis horas de hoy, de esta Sala se indicó que el principio de legalidad exige, para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito, que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad. La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada, según ya se indicó, al Juez, al momento de establecer la subsunción de una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, ello por el gran poder de absorción de la descripción legal, y la claridad a la necesaria comprensión que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecuen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal”⁴⁴.

4.3.- El principio de irretroactividad.

⁴⁴ **Sala Constitucional**, sentencia N. 3004-92, a las 14:30 horas del 9 de octubre de 1992. Esta línea jurisprudencial se ha mantenido, ver **Sala Constitucional**, sentencia N. 1552-00, a las 9:00 horas del 18 de febrero de 2000. **Sala Constitucional**, sentencia N. 2130-03, a las 13:40 horas del 14 de mayo de 2003. **Sala Constitucional**, sentencia N. 2566-03, a las 15:10 horas del 25 de marzo de 2003.

Nuestro constituyente lo establece como un límite de límites (Schranks-Schranks, según la expresión alemana) para el legislador. Al prohibirle la posibilidad de promulgar leyes con efecto retroactivo. Para Hassemer, la raigambre ética y políticojurídica del principio es obvia⁴⁵. Es decir ninguna persona debe ser castigada por una conducta que al momento de la comisión era lícita. Esta prohibición en su aspecto general es tutelado en el artículo 34 de la Constitución Política, y en su acepción específica para la materia penal, en el artículo 39 de la Carta Fundamental. “El principio de irretroactividad de la ley penal significa que la normativa penal sólo puede aplicarse al hecho que tiene lugar con posterioridad a su puesta en vigencia, para evitar fundamentalmente que alguien sea penado por un hecho que al tiempo de comisión, no era delito o siendo delito estaba sancionado con una pena menos gravosa, que la consignada al ponerse en vigencia la nueva ley. La única excepción al principio anteriormente enunciado es la que estipula la admisión del efecto retroactivo de la ley penal más benigna, consagrado en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (artículo 9), lo que le otorga, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política, un rango superior a la ley y su consecuente inderogabilidad por medio de la normativa ordinaria. Los principios tanto de irretroactividad de la ley penal, como de retroactividad de la norma penal más benigna se encuentran tutelados en los artículos 11, 12, 13, 14, y 15 del Código Penal, que reglamentan lo relativo a la aplicación de la ley penal en el tiempo. El principio de ley más benigna se aplica no sólo en causas pendientes de resolución, sino también en casos fallados, siempre que la ley más beneficiosa al convicto, se dicte antes o durante el cumplimiento de la pena”⁴⁶.

5.- Técnicas legislativas tendientes a vaciar el contenido esencial del principio de legalidad.

Ciertamente, la protección que ejerce la jurisdicción penal debería bastar para garantizar los derechos fundamentales de los imputados; sin embargo, la práctica parece demostrar que es necesario que la Sala Constitucional le de el contenido correcto a los grandes lineamientos del Código penal e incluso a sus aspectos prácticos. Esto es así, en especial, por la forma en que se han redactado algunas de los tipos que conforman el Código penal⁴⁷. En principio la necesidad de certeza de

⁴⁵ En igual sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al sostener: “En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo”. **Corte I.D.H.** Caso Lori Berenson Mejia. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 126; Caso de la Cruz Flores. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C. No. 115, párr. 80; y Caso Ricardo Canese. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 177.

⁴⁶ **Sala Constitucional**, sentencia N. 3686-93, a las 14:03 horas del 30 de julio de 1993.

⁴⁷ La Sala incluso ha llegado a indicarle al legislador la forma correcta de elaborar el tipo penal, así por ejemplo ha señalado que: “Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia (pena), en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc.) y cuál es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar

los tipos debería ser inherente al legislador, no obstante, en múltiples ocasiones esto no ocurre así⁴⁸. La reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional refleja lo serio de la situación. Entre las razones que tiene el legislador para omitir cumplir con la exigencia de *lex certa*, podríamos mencionar las siguientes.

5.1.- El legislador tiende a la experimentación con los tipos penales y espera a ver la reacción de la praxis jurisprudencial.⁴⁹

Esto ocurre cuando el legislador esta consciente de que la opinión pública demuestra mucha sensibilidad con relación a las decisiones de política criminal que toma para proteger a la comunidad. Lo referente a la Ley de Justicia Penal Juvenil (en adelante LJPJ) es un campo fértil en este tipo de problemas. Por ejemplo, el proyecto fue pensado para que las penas de internamiento fueran moderadas y acordes con el interés superior de la niñez y la adolescencia. Sin embargo, las penas de prisión sobrepasan en mucho las más represivas de América Latina. A cambio, aprueban el inciso a) del artículo 131 de la LJPJ, según el cual es requisito para imponer una medida de internamiento que el delito este sancionado con una pena mayor a seis años de prisión. El juez de la causa encuentra culpable a un menor del delito de robo simple con fuerza sobre las cosas (art. 212 incisos 1 y 2 del Código penal) y le impone dos años de prisión como resultado de un proceso abreviado que solicita su defensor. Luego, la defensa interpone un recuso de hábeas corpus, porque considera que la detención de que es objeto su defendido viola el principio de legalidad; ya que se le impuso una pena que no esta considera en el ordenamiento penal. La Sala luego de analizar la construcción de la ley, llega a la conclusión de que la pena impuesta es ilegítima y viola del principio de legalidad. En su razonamiento la Sala señalo: “ahora bien, el inciso a) del artículo 131 de la LJPJ establece que el internamiento en un centro especializado es una medida excepcional que únicamente puede aplicarse a los menores a quienes se les impute un delito sancionado para los mayores con pena superior a los seis años de prisión”⁵⁰. La decisión de la Sala es técnicamente correcta, pero indudablemente el legislador, juega con dos factores. Por un lado ofrece aparentemente penas altas para la delincuencia juvenil, por otro establece la imposibilidad de sancionar con prisión, en todos los casos, donde el delito que se juzgue no tenga penas de prisión superiores a seis años. Ciertamente, como afirma Hassemer, cuanto más considere el legislador penal las consecuencias y se preocupe de los efectos empíricos de sus actos (justificando también su actuación ante la producción y fracaso de tales efectos), tanto más amenaza el postulado de *lex certa*⁵¹.

presentes en la descripción típica del hecho), puede asegurarse que no existe tipo penal”. **Sala Constitucional**, sentencia N. 3004-92, a las 14:30 horas del 9 de octubre de 1993.

⁴⁸ Este tema es ampliamente desarrollado en Alemania por el Prof. HASSEMER W. **Op. cit.**, p. 314 a 317.

⁴⁹ Concepto que utilizamos en honor de su creador el Prof. Dr. Winfried Hassemer.

⁵⁰ **Sala Constitucional**, sentencia N. 425-99, a las 9:09 horas del 22 de enero de 1999.

⁵¹ Sobre el problema de la “orientación a las consecuencias en Derecho Penal” ver HASSEMER, W. **Op. cit.**, pp. 34-39.

Nuestro legislador ha estado especialmente preocupado, en los últimos años con determinados tipos de delincuencia: los delitos de abusos sexuales, cometido en perjuicio de personas menores de edad y corrupción agravada. Casos en los que la sociedad civil, los medios de comunicación y los defensores de los derechos de la niñez y la adolescencia están más interesados y han generado toda una corriente de opinión pública para combatir la impunidad y el turismo sexual en Latinoamérica.

El marco teórico que impulsa este movimiento es la Convención sobre los Derechos del Niño (debidamente aprobada y ratificada en Costa Rica), que dio lugar a la Ley de Justicia Penal Juvenil y al Código de la Niñez y la Adolescencia. Las reformas legislativas a favor de este grupo etario también se plasmaron en algunos tipos del Código Penal que fueron modificados. Una de estas reformas, dio lugar a la Consulta judicial preceptiva de constitucionalidad, formulada por la jueza tramitadora del Tribunal de Casación Penal, en el proceso para la revisión de sentencia promovido por O.P.M., contra la resolución número 93-2000 del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, sede Hatillo, de las dieciséis horas con diez minutos del primero de diciembre del año dos mil, en que se le condenó a cinco años y seis meses de prisión, al tenerlo como autor responsable del delito de abusos sexuales, cometido en perjuicio de personas menores de edad y corrupción agravada. En la gestión se alega la ilegitimidad de la sentencia condenatoria de prisión, en tanto su fundamento jurídico son los artículos 161 y 162 del Código Penal, los cuales en el momento del proceso, no contemplaban ninguna pena de prisión para las conductas que se le atribuyeron;

“Sobre la cuestión, cabe señalar que, de ser cierto, indudablemente que ello constituiría una violación al debido proceso, ya que como ha reconocido la doctrina y jurisprudencia constitucional, el principio de legalidad y el de tipicidad constituyen parte esencial del debido proceso, y de las garantías constitucionales propias de un país democrático de derecho. Consecuencia de este principio es la garantía de que no hay ni puede haber delito sin que la ley especifique claramente en qué consiste la conducta delictiva y que además, no puede imponerse pena alguna si ésta no se encuentra debidamente determinada en la ley, ya que sólo así podrá el ciudadano conocer el límite exacto entre lo prohibido y lo permitido por el ordenamiento jurídico penal”⁵². En consecuencia, la Sala Constitucional concluye que en el supuesto de haberse emitido una sentencia condenatoria con base en hechos que no tienen sanción especificada, o que no encuadran en una figura típica, se incurriría en violación al debido proceso. Lo cual debe ser revisado por el Tribunal de la causa, y por ser un vicio esencial, al constarse debe casarse la sentencia y absolverse al imputado.

5.2.- Las técnicas legislativas autoritarias.

⁵² **Sala Constitucional**, sentencia N. 2130-03, de las 13:40 del 14 marzo 2003.

En algunos supuestos las leyes son el resultado del compromiso político y de los partidos que conforman la mayoría en la Asamblea Legislativa y como consecuencia el legislador puede no querer una *lex certa*, pues la que se obtiene es fruto del consenso, y no la que los técnicos recomiendan. En otros casos, las leyes son el resultado de los grupos sociales de intereses, y tutelan los bienes considerados relevantes en un determinado sector social, por ejemplo: la propiedad privada. Para algún sector de la doctrina, tal parece que ciertas imprecisiones de una ley penal no siempre justifica la intervención correctiva del legislador, por el contrario, tal pareciera que éste observa y espera que la jurisprudencia la acepte si esto ocurre de por cierto que se está de acuerdo con esa posición. El supuesto comentado, podría ser cierto, antes de la implementación del control constitucional en nuestro medio. En la actualidad los jueces tienen una instancia expedita que les permite controlar la constitucionalidad de la ley penal. A modo de ejemplo, podemos citar la consulta judicial facultativa referente a la constitucionalidad del artículo 230 del Código Penal⁵³. En este caso, la Juez, estimo que el tipo penal vulneraba el artículo 39 de la Constitución Política, al tipificar como delito la simple tenencia de objetos para cometer delitos contra la propiedad. La duda que dio origen a la consulta, parte de que la responsabilidad objetiva vulnera el principio de culpabilidad; el numeral citado sancionaba penalmente a quién fuera poseedor de cualquiera de los objetos que regula la norma por el simple hecho de tenerlo, sin que el juzgador pueda determinar si existe vulneración alguna a un bien jurídico⁵⁴. La Sala acepta la inconstitucionalidad de la norma debido a que presentaba una técnica legislativa autoritaria, “en la cual se plasma un derecho penal de peligrosidad, amén de que la misma no tutela bien alguno”⁵⁵. En este caso, además de la trascendencia de declarar inconstitucional el artículo 230 del Código Penal, lo realmente trascendente es que la Sala no sólo corrige una técnica legislativa deficiente, ya que se pretende definir el bien jurídico fuera del tipo y sólo por la ubicación de la norma dentro del capítulo que tutela los delitos contra la propiedad. Las consecuencias que se derivan son dos:

⁵³ El texto del artículo 230 del Código Penal indicaba: “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indebidamente tuviere en su poder o fabricare ganchos u otros instrumentos conocidamente destinados a facilitar la comisión de delitos contra la propiedad”.

⁵⁴ Criterio que la Sala ya había acogido al señalar que el art. 28 constitucional le “impone un límite al denominado *ius puniendi*, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético o social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión “encaje” abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario tendríamos figuras delictivas pese a que no dañen la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero”. **Sala Constitucional**, sentencia N. 525-93, de las 14:24 horas del 3 de febrero de 1993.

⁵⁵ **Sala Constitucional**, sentencia N. 6410-96, de las quince horas y doce minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis. Tampoco la **Corte I.D.H.** ha admitido este criterio. “... En criterio de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendo* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, se sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía...” **Corte I.D.H.** Caso Fermín Ramírez. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 92-96.

a) La jurisprudencia constitucional, cuyo valor es vinculante erga omnes, le prohíbe al legislador sancionar delitos donde este ausente el bien jurídico tutelado, b) Se afecta la teoría del delito al integrarle la doctrina del bien jurídico tutelado.

En la Consulta judicial facultativa formulada por el Juez Contravencional y de Menor Cuantía de Coto Brus, mediante resolución de las siete horas cuarenta minutos del quince de julio del dos mil dos, dictada dentro del expediente número 02-500146-441 F.C. que es causa por "Infracción a la Ley de Juegos" seguida contra A.V.M. y otros, el Juez Consultante solicita a la Sala que se pronuncie sobre la constitucionalidad del artículo 21 inciso a) de la Ley de Bienestar de los Animales. Afirma que dicha norma podría resultar contraria a los principios de debido proceso, razonabilidad y proporcionalidad contenidos en el artículo 39 de la Constitución Política, dado que se establece una sanción fija de cuatro salarios mínimos mensuales a quien propicie peleas entre animales de cualquier especie. Estima que la rigidez de la sanción no permite al juzgador graduar la pena con base en la culpabilidad del infractor.

“Considera la Sala que en el caso de los ilícitos penales, en atención a los fines preventivos y de reinserción social de la consecuencia punitiva y a la naturaleza misma de ésta, que implica en la mayoría de los casos una más grave restricción de derechos e incluso una mayor estigmatización de quien es sometido a su poder coactivo; necesariamente debe preverse la posibilidad de graduar la sanción entre un mínimo y un máximo fijado por el legislador, tomando en consideración que el juez tiene que valorar aspectos tales como la calidad de los motivos determinantes, las condiciones personales del sujeto activo o de la víctima que hubieren influido en la comisión del delito, la conducta del agente posterior al delito, las características psicológicas, psiquiátricas, sociales, educativas, antecedentes, circunstancias agravantes y atenuantes, la consumación o no del ilícito; así como a principios propios del proceso penal, tales como la solución del conflicto en procura de contribuir la armonía social de sus protagonistas, entre otros. La norma consultada contempla una sanción de multa equivalente a "cuatro salarios mínimos mensuales", a quien propicie peleas entre animales de cualquier especie. Esa rigidez de la sanción no permite que el juez pueda individualizar el monto de la multa a imponer, de acuerdo a los parámetros que se indican en el artículo 53 del Código Penal, el cual señala que el importe del día multa se deberá determinar de acuerdo con la situación económica del condenado, atendidos especialmente su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos u otros elementos de juicio que el Juez considere apropiados. Tampoco podrá valorar los demás elementos y circunstancias particulares que rodearon la comisión del hecho. En consecuencia, con fundamento en todo lo expuesto, considera este Tribunal Constitucional que la norma consultada lesiona los principios de proporcionalidad, razonabilidad y debido proceso, citados por la Autoridad Consultante y además los de igualdad y tipicidad, contenidos en los artículos 33 y 39 de la Constitución Política. En virtud de lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, por conexión y

consecuencia, también se declaran inconstitucionales, los incisos b) al e) de la misma norma, atendiendo a idénticas razones, dado que se prevé una sanción fija para cada una de las conductas descritas”⁵⁶.

5.3.- La ambigüedad de la ley como resultado de la incapacidad del legislador para elaborar leyes precisas.

Este vicio parece excusable cuando la que falla obedece a la falta de visión de futuro para contemplar todos los supuestos (situación que pretende solucionar el derecho económico). Cuando el vicio es obvio, el legislador depende de la lealtad del juez para que interprete la norma adecuadamente, los instrumentos de interpretación actuales le permiten al juzgador darle al tipo una descripción flexible y compresiva e incluso distinta de lo expresado literalmente por la norma⁵⁷. Un buen ejemplo de lo comentado lo constituía la interpretación judicial que se hacía del artículo 343 del Código Penal al leerse el verbo del tipo penal como “prometiere” y no “permitiere”. Lo grave de la situación es que toleraba como ilícitas conductas no descritas en el tipo penal. La Sala en un hábeas corpus rechaza esta situación y sostiene que del “...expediente legislativo original firmado por el Presidente de la República, muestra que el artículo 343 fue aprobado y se ordenó publicar con el verbo **"permitiere"** sin que haya habido ninguna reforma legislativa referente a este artículo. Por lo expuesto es criterio de esta Sala Constitucional que el artículo 343 del Código Penal no se puede interpretar sin lesionar el principio de legalidad constitucional, en el sentido de que lo que el legislador quiso decir no es **"prometiere"** sino **"permitiere"**. Por todo lo anterior la amenaza que sufre el señor B.O. es ilegítima, si se basa en que en vez del verbo **"permitiere"** regulado en el artículo 343 del Código Penal se debe leer **"prometiere"**, acción que resulta impune al tenor del citado artículo y de su correcta interpretación...”⁵⁸ En este caso, tenemos dos irregularidades: a) El legislador careció de la capacidad para elaborar un tipo preciso⁵⁹ y b) Los jueces se convierten en legisladores por medio de la interpretación de la ley penal⁶⁰.

⁵⁶ **Sala Constitucional**, sentencia N. 8861-02, a las 14:39 horas del 11 de septiembre de 2002.

⁵⁷ **La Corte I.D.H.** ha censurado este tipo de conducta del legislador, al señalar que: “...la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales...”

Corte I.D.H. Caso De la Cruz Flores. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C. No. 115, párr. 79. Se señala también que: “...La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”. **Corte I.D.H.** Caso Lori Berenson Mejía. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 125; Caso Ricardo Canese. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 174; Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 157; y Caso Castillo Petrucci y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 121.

⁵⁸ **Sala Constitucional**, sentencia 461-91 a las 15:14 horas del 27 de febrero de 1991.

⁵⁹ El Magistrado Piza agrega por nota el siguiente comentario: “no se puede perseguir a una persona por un delito que no está tipificado como tal, aunque sea obvio que la palabra “permitiere” en el artículo 343 del Código Penal constituye un simple error de transposición errónea de la palabra “prometiere” que es la única

El precedente expuesto, ha sido utilizado, como presupuesto de legitimación por los abogados defensores para interponer diversos recursos cuando consideran que el tipo penal es imperfecto. Así por ejemplo, se ha solicitado que se declare la inconstitucionalidad del artículo 69 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, número 7786 del treinta de abril de mil novecientos noventa y ocho, reformada integralmente por la ley número 8204 del veintiséis de diciembre del dos mil uno, por cuanto consideran que infringe el principio de tipicidad penal contenido en el artículo 39 de la Constitución Política. Se ha alegado que dicho tipo penal carece de concreción, de modo que deja librada a la discrecionalidad del juzgador su contenido.

Al conocer del caso, la Sala reitera la tesis de que, si bien es cierto no todas las conductas sancionadas se encuentran absolutamente descritas en la literalidad de la norma, lo cierto es que "...pueden delimitarse por criterios objetivos ("ocultar o encubrir el origen ilícito", "eludir las consecuencias legales de sus actos") que hacen que la interpretación no dependa de la entera subjetividad del juzgador. Los verbos definitorios de la conducta penal están previstos en el tipo penal. Por lo demás, conforme se ha señalado, la necesaria utilización del idioma y sus restricciones hace que en algunos casos no pueda lograrse el mismo nivel de precisión. Por extremadamente cuidadoso que fuere el legislador, es imposible consignar en la elaboración del tipo, toda la gran cantidad de supuestos que podrían servir para "ocultar", "encubrir" o "eludir". En estos casos es común la técnica legislativa -que para la Sala resulta ajustada al orden constitucional- de la ejemplarización, que pretende evitar una extensión arbitraria del tipo penal. De manera que no se deja en libertad al juzgador para que éste decida por encima del legislador, sino que se establecen parámetros definidos que hacen que no resulte vulnerado el principio de legalidad. De manera que, no resulta de recibo lo argumentado por el accionante en cuanto a que la norma infringe el principio de legalidad"⁶¹.

5.4.- Los tipos penales abiertos.

que tendría sentido racional en esa norma". **Sala Constitucional**, sentencia 461-91 a las 15:14 horas del 27 de febrero de 1991.

⁶⁰ En igual sentido la jurisprudencia de la **Corte I.D.H.**, se indico: "En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación efectiva existencia de la conducta ilícita". **Corte I.D.H.** Caso de la Cruz Flores. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 81; Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 106; e, inter alia, **Eur. Court H.R.** Ezelin judgment of 26 April 1991, Series A no. 202, para. 45; y **Eur. Court H.R.** Müller and Others judgment of 24 May 1988, Serie A no. 133, para. 29. "En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico". **Corte I.D.H.** Caso De la Cruz Flores. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C. No. 115, párr. 82.

⁶¹ **Sala Constitucional**, sentencia 2872-06, a las 14:41 horas del 1 de marzo de 2006.

En otros casos, la responsabilidad deviene de las relaciones implícitas que se establecen entre el legislador y el juez penal. En algunos supuestos pareciera que el legislador confía en delegarle al juez el motivo de la prohibición legal. Esto puede ocurrir por los alcances otorgados al posible defecto o por las interpretaciones que realiza el juez conformes a la voluntad del legislador. Distorsión que tiende a desaparecer debido a la fiscalización que ejerce la Sala sobre el principio de legalidad penal. Un ejemplo, particularmente interesante lo constituyen los denominados “tipos penales abiertos”. La doctrina suele caracterizarlos como aquellos en los que la materia de prohibición no se encuentra establecida por el legislador y la misma es dejada a la determinación judicial. Esta especial construcción del tipo no ha sido admitida por la Sala⁶².

Tesis que ha sido mantenida en reiteradas ocasiones, por ejemplo, en la consulta de constitucionalidad facultativa sobre el "Proyecto de ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres", los legisladores consideraron que el artículo 3 violaba el principio de legalidad penal porque contenía una serie de ambigüedades y contradicciones insalvables desde la perspectiva del reconocimiento de ese principio de legalidad. Asimismo, alegaban que los conceptos que se utilizan para intentar definir las relaciones de poder y confianza están plagados de indeterminaciones como dominio, control, lealtad, honestidad, etc. Se afirma, que el legislador delega en el juez la facultad de darle el contenido esencial a conceptos como la permanencia e intensidad de la relación de poder o confianza.

La Sala reitera que la garantía de la tipicidad penal impone exigencias constitucionales a la técnica legislativa en materia de construcción de normas penales. Dentro de esas exigencias resulta fundamental que se dé una plena descripción de la conducta que se considera constitutiva de delito, con el objeto de que la definición de sus verdaderos contornos no se traslade al juez que en cada caso requiera aplicar la norma. Para que no se produzca esa traslación al juez, infractora del principio de tipicidad y del principio de legalidad penal, es necesario que las conductas típicas y las penas se describan, en la norma penal, con la mayor claridad posible para que su contenido y límites puedan deducirse del texto de la norma, lo más exactamente posible. Al Analizar el asunto la Sala concluye: “que el artículo 3 del proyecto, por una parte, utiliza términos dotados de un muy importante grado de ambigüedad que permiten, de acuerdo con quien los valore o considere, interpretaciones no unívocas como las requiere la norma penal y, por otra parte, la cantidad de términos de esa naturaleza que emplea, hacen que se presente una situación de imprecisión tan grave que provoca el vicio invalidante por infracción del principio de tipicidad penal. La Sala observa concretamente problemas en relación con los términos como asimetría, dominio, control, lealtad, honestidad,

⁶²“La doctrina del Derecho Penal más autorizada ha definido los tipos penales abiertos, como aquellos a los que la materia de prohibición remite a la determinación judicial, omitiendo el legislador incluir en el tipo penal la materia de prohibición. Es comúnmente aceptado que los tipos abiertos, en tanto entrañan un grave peligro de arbitrariedad, lesionan abiertamente el principio de legalidad”. **Sala Constitucional**, sentencia N. 2757-93, a las 14:45 horas del 15 de junio de 1993.

credibilidad, seguridad, vínculos afectivos, autoridad moral, recursos sociales que no, para los efectos concretos de aplicación de las normas penales de este proyecto, pueden ser aprehendidos por medio del “común saber empírico y lógico de los hombres”, o fácilmente conceptualizados a través de normas de uso común, situación que traslada al juez esta básica y esencial definición de la situación de hecho en que necesariamente se debe producir la conducta típica para que quepa aplicar esta ley penal especial y no el régimen general del Código Penal. Esto se ve confirmado con la expresa traslación que el mismo artículo, en su frase final, se hace al criterio del juez, para que, en cada caso, defina la permanencia e intensidad de la relación de poder o confianza”⁶³.

6.- El valor vinculante erga omnes de la jurisprudencia constitucional.

Imprecisiones legislativas como la comentada ha dado lugar a una serie de sentencias constitucionales que tratan de interpretar en forma armoniosa dichas normas. En el Código penal se han encontrado múltiples delitos que contravienen el principio de legalidad, lo cual ha tenido que ser corregido por la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Esta situación contradice el principio, generalmente aceptado, de que el Código penal más bien esta pensado para desarrollar la Constitución⁶⁴. En ambos casos, consideramos que el recurso ante el Supremo Intérprete de la Norma Fundamental, cierra el círculo del complejo y acabado sistema de garantías que la Constitución dispone para asegurar la eficacia de los derechos fundamentales. El fácil acceso a la Sala Constitucional, garantizado jurídicamente para todas las eventualidades donde se haya vulnerado un derecho fundamental, no es incompatible, con la protección de estos derechos por los órganos judiciales penales; más bien se presupone que ambas jurisdicciones deben complementarse⁶⁵.

Ciertamente, la función básica de la Sala Constitucional no es, necesariamente, de reacción frente a las vulneraciones singulares de derechos fundamentales, sino más bien, de carácter global. Puede resumirse como el control de la forma en que los Tribunales penales y la Asamblea Legislativa crean y aplican los preceptos penales. De modo que, cuando la Sala acoge un reclamo concreto, no sólo preserva o restablece a un ciudadano en el derecho conculcado, sino que realiza, además, una función de alcance general, en la medida que determina la forma en que el órgano jurisdiccional y el legislador ha de operar en ese tipo de supuestos.

Conforme a lo que se ha venido exponiendo, la función de los recursos ante la Sala Constitucional, más allá de la resolución del caso concreto, es la fijación de las pautas y criterios que han de inspirar la actuación de los órganos de la jurisdicción penal y del Poder Legislativo. Esto es así porque entre el Código penal y la

⁶³ **Sala Constitucional**, sentencia N. 3441-04 16:47 horas del 31 de marzo de 2004.

⁶⁴ Ver. ARMIJO SANCHO, G. **Op. cit.**, pp. 24-25.

⁶⁵ Criterio que mantenemos desde 1990, debe recordarse que los roces que puedan surgir entre ambas jurisdicciones, atañen a normas y competencias, pero no debe personalizarse. Así ARMIJO SANCHO, G. **Op. cit.**, p. 81.

Constitución existen algunas zonas de penumbra. Lo expuesto tiene especial importancia porque, como ya mencionamos, algunas normas del Código penal incorporan conceptos “confusos” dentro de la teoría del delito, que responden a diversos postulados. Por ejemplo, y sin pretender agotar el tema, a la Sala le ha tocado conocer, sobre la tipicidad, las normas penales en blanco⁶⁶, los tipos abiertos, en general sobre la certeza de ley penal, sobre la costumbre y la analogía en perjuicio del imputado y un largo etc. Ante este tipo de problemática es fácil ver la función orientadora de la Sala, pues a ésta le corresponde definir, incluso, cuál ha de ser la orientación teórica que deben incorporar las leyes penales. Sobre el punto indicó la Sala:

“De todo lo anterior puede concluirse en la existencia de una obligación legislativa, a efecto de que la tipicidad se constituya en verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, de utilizar técnicas legislativas que permitan tipificar correctamente las conductas que pretende reprimir como delito, pues la eficacia absoluta del principio de reserva, que como ya se indicó se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución, sólo se da en los casos en que se logra vincular la actividad del juez a la ley, y es claro que ello se encuentra a su vez enteramente relacionado con el mayor o menor grado de concreción y claridad que logre el legislador. La necesaria utilización del idioma y sus restricciones obliga a que en algunos casos no pueda lograrse el mismo nivel de precisión, no por ello puede estimarse que la descripción presente problemas constitucionales en relación con la tipicidad, el establecer el límite de generalización o concreción que exige el principio de legalidad, debe hacerse en cada caso particular”⁶⁷.

La doctrina del precedente constitucional, en estos casos, sólo es una guía para el legislador y los jueces de esta materia, pero no supone ningún perfeccionamiento de la garantía de igualdad, como tampoco es útil pensar que sea un instrumento al servicio de la uniformidad de la jurisprudencia, pues sus fallos son flexibles y no son vinculantes para la propia Sala. Nos inclinamos por creer que, por su configuración estructural, la Sala Constitucional lo que hace es definir las grandes políticas constitucionales en la interpretación de la Ley Suprema; sin que ello signifique esperanza alguna en cuanto a la estabilidad de los pronunciamientos.

Pese a lo dicho, en nuestro medio, la Sala Constitucional desarrolla un importante roll al señalar cuál es la mejor doctrina en la interpretación del Derecho ordinario -de acuerdo a los parámetros constitucionales- convirtiéndose de hecho en

⁶⁶ **Sala Constitucional**, sentencia N.5480-03, a las 14:39 horas del 25 de junio del 2003.

⁶⁷ **Sala Constitucional**, sentencia N.3004-92, a las 14:30 horas del 9 de octubre de 1992. Línea jurisprudencial que se ha mantenido, véase, **Sala Constitucional**, sentencia N.10668-05, a las 15:33 horas del 17 de agosto de 2005. También **Sala Constitucional**, sentencia N.2872-06, a las 14:41 horas del 1 de marzo de 2006.

un tribunal de casación constitucional⁶⁸, toda vez que puede unificar la jurisprudencia, incluso de manera provisional, sobre la base de imponer una única respuesta correcta en la interpretación de la Ley Fundamental⁶⁹. Lo anterior es positivo pues es una puerta abierta a la interdicción de la arbitrariedad, aplicable también a los jueces y legisladores cuando estos provocan desigualdades carentes de justificación objetiva y razonable en perjuicio del servicio que prestan a los ciudadanos. En suma, la regla del precedente constitucional “constituye la garantía tanto de la evitación de la arbitrariedad como de la promoción de la seguridad jurídica”⁷⁰. Esta función es indispensable en una época de transición jurídica como la que atravesamos en la actualidad.

7.- Conclusión.

Ciertamente la jurisdicción constitucional ha sido amplia para reconocer el carácter constitucional del principio de legalidad penal. A contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos, la Sala no sólo acoge formalmente una determinada exigencia interpretativa político-constitucional, sino que este reconocimiento se plasma en decisiones concretas que han transformado el derecho penal costarricense. Esta situación es el resultado de los artículos 11, 28, 34 y 36 de nuestra Carta Magna. Los efectos de las sentencias son múltiples. Bástenos mencionar aquí que se le debe el restablecimiento del control constitucional sobre los delitos. También ha potenciado que el fundamento del Derecho Penal y de la punición radica en el derecho a la libertad, la garantía de la dignidad humana y el principio del Estado de Derecho. Todo ello implica, que el Derecho penal, como derecho especial y secundario, es sobre todo derecho constitucional reformulado. La expresión principio de legalidad implica, ahora, que el legislador debe redactar adecuadamente

⁶⁸ En doctrina muchos propugnan porque los Tribunales Constitucionales ejerzan una función similar a la casación para la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas (vid. PÉREZ TREMP, P. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, Cap. III). Y en realidad, esto no debe llamar a escándalo, puesto que la Sala viene operando así en numerosas ocasiones.

⁶⁹ Véase los siguientes ejemplos. **Sala Constitucional**, sentencias: N.282-90 de 17:00 horas del 13 de marzo de 1990 (derecho de recurrir); N. 1261-90, de las 15:30 horas del 9 de octubre de 1990 (intervenciones telefónicas); N-6829-93, de las 8:33 horas del 24 diciembre de 1993 (sobre la pena); N. 1054-94, de las 15:24 horas del 22 de febrero de 1994 (conversión de la multa a prisión); N. 3193-95, de las 15:06 horas del 20 de junio de 1995 (sobre el concurso de delitos); N. 1552-00, de las 9:00 horas del 18 de febrero de 2000 (tipicidad); N. 2130-03, de las 13.40 horas del 14 de mayo de 2003 (legalidad); N. 3194-04, de las 11:29 horas del 26 de marzo de 2004 (acceso al expediente); N. 10823-04, de las 20:00 horas del 29 septiembre de 2004 (privacidad de defensor y su defendido); N. 16117-05, de las 18:18 horas del 23 de noviembre de 2005 (detención de persona suplantada por el imputado); N. 16471-05, de las 19:22 horas del 20 de noviembre de 2005 (deportación de oriental); N. 17615-05, de las 14:43 horas del 21 de diciembre de 2005 (procedimiento abreviado); N. 8504-06, de las 8:31 horas del 16 de junio de 2006 (violación de la integridad física detenido); N. 12244-06, de las 15:22 horas del 22 de agosto de 2006 (se obliga a la Caja Costarricense del Seguro Social a abrir programa para ofensores sexuales juveniles. Declaración de suspensión del proceso a prueba en materia penal juvenil); N. 12669-06, de las 18:21 horas del 30 agosto de 2006 (prorroga prisión preventiva. Plazo precluido con sentencia no firme); N. 14865-06, de las 12:08 horas del 6 de octubre de 2006 (imputado como objeto de prueba. Intervenciones corporales lavado de estomago); N. 15261-06, de las 14:42 horas del 18 de octubre de 2006 (constitución de tribunales en procesos de penal juvenil); etc.

⁷⁰ **Sentencia del Tribunal Constitucional Español**, N. 183/1991, de 30 de setiembre, FJ 3, recordando la STC 200/1990.

la ley, sin desatender el problema de la vinculación del juez a la ley y de la obligatoriedad de que las sentencias correspondan a lo señalado por la Constitución. Sólo así se hará realidad el precepto constitucional que destaca que la soberanía del pueblo reside en el Estado y que la Constitución Política consagra las garantías mínimas de los gobernados. La Sala Constitucional como supremo guardián de la Constitución le ha dado vigencia real y efectiva a estas ideas. De sus resoluciones, hemos aprendido, que sólo sobre la libertad es factible levantar las bases de un nuevo derecho penal, respetuoso de los derechos humanos del ciudadano.

ARMIJO SANCHO, G. **El control constitucional en el proceso penal**. San José: Editec, 1992.

ARMIJO SANCHO, G. **Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal**. San José, Investigaciones Jurídicas S.A. 2ª Ed., 2001.

BINDIG, K. **Handbuch des Strafrechts**. Leipzig, 1885.

BRAND, J. “*La evolución del concepto europeo de Estado de derecho*”, en **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, México: Konrad Adenauer, 2006.

CHIRINO SANCHEZ, A. *La “criminalidad organizada” como un nuevo topos de la política de seguridad y orden. Algunas consideraciones sobre los cambios procesales surgidos en el ímpetu de estas políticas*”, en **Principio de Oportunidad y Persecución de la Criminalidad Organizada. (Problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal eficiente)**. Ediciones Jurídicas Arete, San José, Costa Rica, 2000.

COBO DEL ROSAL, M., citado por BOIX REIG, J. El principio de legalidad en la Constitución. En **Repercusiones de la Constitución en el derecho penal**. 1983.

COLOMBO CAMPBELL, J. **El debido proceso constitucional**, Santiago: Tribunal Constitucional, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS *et al.*: **Diálogo jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos, tribunales nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos**, México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.

CORVIN, S.E. **The doctrine of judicial review. Its legal and historical basic and other essays.** 1914, repr. Gloucester, Mass., 1963.

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón.** Madrid: Trotta, 1997.

FIX-ZAMUDIO, H.; FERRER MAC-GREGOR, E. (coordinadores): **El derecho de amparo en el Mundo,** México, D. F.: Porrúa, 2006.

GARCIA DE ENTERRIA, E. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,** 3ª Ed., Civitas, Madrid, 2001.

HASSEMER, W. “*El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficiente*”, en **Crítica al derecho penal de hoy.** Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1998.

HASSEMER, W. **Fundamentos de derecho penal.** Barcelona: Bosch, 1984.

HERNÁNDEZ, R. **El control de la constitucionalidad de las leyes.** San José: Juricentro, 1978.

HESS HERRERA I. **Relaciones políticas y jurídicas entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa.** Tesis de licenciatura no publicada, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1993.

KELSEN, H. **La teoría pura del derecho.** Buenos Aires: Eudeba, 1964.

LOWENSTEIN, K. **Teoría de la Constitución.** Barcelona, 1964.

MADRID CONESA, F. **La legalidad del delito.** Valencia: Artes Gráficas Soler, 1983.

MESIA, C. **Derechos de las personas. Dogmática constitucional,** Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004.

MONROY CABRA, M.G. “*Concepto de Constitución*”, en **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,** México: Konrad Adenauer, 2005, tomo I.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. **Derecho Penal. Parte general.** Valencia: Tirant lo blanch, 1993.

NUVOLONE, P. **Il sistema del diritto penale**. Padova, 1975.

PATÍÑO CRUZ, S.; OROZCO SOLANO, V. **La inconstitucionalidad por omisión**, San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2004.

PÉREZ TREMPES, P. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

QUESADA MORA, J.G. **Temas sobre derechos fundamentales y constitucionales**, San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2004.

QUINTANO OLIVARES, G. *Represión penal y Estado de derecho*. Barcelona: Dirosa, 1976.

RODRIGUEZ MOURULLO, G. **Derecho penal**. Vol. I. Madrid, 1977.

SAGÜES, N. **Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos**, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.