

LA EXCLUSIÓN DOLOSA DE LA TIPICIDAD Y LA ANALOGÍA *IN MALAM PARTEM*

FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Exclusión dolosa de un elemento del tipo objetivo. 1. La analogía *in malam partem*. 2. Prohibición de la analogía *in malam partem* en el derecho penal costarricense. **III.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría sobre los comportamientos en fraude de la ley (*Gesetzesumgehung*) tiene su fuente histórica en un conocido párrafo de Paulus, en el Digesto, conforme al cual actúa *in fraudem legis* quien, sin violar el texto escrito de la ley, viola su espíritu con su conducta.¹

Considerar que las conductas caen dentro del ámbito de la norma si el agente quiso escamotearla es un problema de derecho positivo o de interpretación de la ley. En Costa Rica, para la materia civil hay una norma² expresa que regula el fraude de la ley;³ del mismo modo, en el derecho tributario

1 Digesto 1.3.1.29: «[...] contra legem facit, quid id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, quid salvis verbis legis sententiam eius circumvenit».

2 Salvo indicación contraria, la Constitución, códigos y leyes citados en este trabajo son costarricenses.

3 Art. 20 CC: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se consideran ejecutados».

existe una norma que autoriza al intérprete a prescindir de la forma que asume el hecho generador de la obligación tributaria y a definirlo conforme a la realidad que el hecho generador asumió.^{4 5}

El legislador costarricense sigue el llamado *principio de equiparación*,⁶ tanto en el derecho civil como en el derecho tributario. Conforme a este principio, la actuación *in fraudem legis* es tratada legalmente como la actuación *contra legem*. La consecuencia de la actuación dirigida a evadir la ley es que el resultado que el derecho quería lograr, y que el agente evitó por medio de la acción evasiva, se produce de todos modos.⁷

En materia penal, el análisis del problema requiere algunas consideraciones. Para constatar si una conducta constituye un delito, el intérprete debe analizar primero su tipicidad. Una vez establecida, debe determinar si la conducta es antijurídica (es decir, si no está amparada por una causa de justificación). Una vez constatada la tipicidad y la antijuricidad, se debe determinar si es culpable. Por último, determinadas las anteriores tres características de la

en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

4 Art. 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios: «Interpretación de la norma que regula el hecho generador de la obligación tributaria». Párrafos II y III: «Las formas jurídicas adoptadas por los contribuyentes no obligan al intérprete, quien puede atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde a los hechos, cuando de la ley tributaria surja que el hecho generador de la respectiva obligación fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica. Cuando las formas jurídicas sean manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones, la ley tributaria se debe aplicar prescindiendo de tales formas». En cuanto al derecho peruano, cfr. Norma VIII del Texto Único Ordenado del Código Tributario (Decreto supremo 135-99-EF, publicado el 19 de agosto de 1999). En este prima el principio de que hay que evitar la elusión.

5 El CC peruano no regula el fraude a la ley como tal. Al respecto, hay que considerar lo que dispone sobre la simulación. Esta puede ser inocua (por ejemplo, vender simuladamente para librarse de un pariente pedigüeño), puede buscar perjudicar a un tercero (por ejemplo, si se vende un bien a un hijo cuando en realidad se le da en donación, con lo cual se daña a terceros) o puede buscar evitar la aplicación de una ley valiéndose de una figura *negocial* que no responde a la realidad pero que sí esté permitida (por ejemplo, una empresa a la que se le ha prohibido vender celebra diversas promesas de venta, las que contenían efectos de compraventa). Esta forma de simulación es equivalente a la regla prevista en el CC de Costa Rica, pues el acto real (el oculto) es el válido, y el acto simulado (el aparente) es nulo; por lo tanto, se debe aplicar la norma eludida. (Nota del editor).

6 VETSCH 1917: 281.

7 BARTHELMESS 1889: 23; RÖMER 1955: 50; STÖCKEL 1966: 31.

acción, debe analizarse su punibilidad. Se trata de la aplicación de un método analítico de la conducta punible de acuerdo con el cual el intérprete la examina conforme a los niveles de la teoría del delito. Sin embargo, desde el punto de vista de la existencia del delito, la punibilidad de una conducta es la consecuencia de que ella sea, *al mismo tiempo*, típica, antijurídica y culpable. Desde el punto de vista de la existencia real del delito, en consecuencia, el método de análisis de la conducta que el intérprete debe aplicar es sintético.

Cuando el agente, dolosamente, excluye uno de los elementos del delito, las consecuencias difieren según el elemento del delito que haya excluido. Si el agente excluye la existencia del presupuesto fáctico de la culpabilidad, que es la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de comportarse conforme a esa comprensión (imputabilidad), el resultado es que responde sobre el hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado, y aun podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiera sido facilitar su realización o procurarse una excusa (art. 44 CP).⁸ Este artículo 44 cubre no solo los casos de incapacidad provocada para realizar un delito de acción (*actio libera in causa*), sino también los casos de incapacidad provocada para realizar un delito de omisión (*omissio libera in causa*). La producción dolosa de una causa de exculpación tiene también la consecuencia de una equiparación entre la actuación *in fraudem legis* con la actuación *contra legem*. En efecto, las causas de exculpación en sentido estricto tienen en nuestro derecho un elemento valorativo que el juez debe apreciar para establecerlas. Normalmente, el agente no puede evadir estas valoraciones; por ejemplo, en el error de prohibición, la creencia de que el hecho no está sujeto a pena y el carácter vencible o invencible del error (art. 35 CP);⁹ en la obediencia jerárquica, los requisitos que establece la ley (art. 36 CP);¹⁰ en la coacción o amenaza, la circunstancia de que al agente no pueda exigírsele una conducta diversa de la que tuvo (art. 38 CP);¹¹ en el estado de necesidad exculpante, el hecho de que el agente se encuentre en la necesidad de lesionar un bien jurídico de igual jerarquía al valor del bien salvado, *de un peligro no provocado por él* (art. 27 CP, *a contrario*).¹²

8 El CP peruano no contiene norma semejante. (Nota del editor).

9 Art. 14, párrafo 2, CP Perú. (Nota del editor).

10 Art. 20, inc. 9, CP Perú. (Nota del editor).

11 Cfr. art. 20, incisos 6 y 7, CP Perú. (Nota del editor).

12 Art. 20, inc. 7, CP Perú. (Nota del editor).

En las causas de justificación, el comportamiento precedente elusivo de la norma tiene por consecuencia la exclusión de la justificante. Así ocurre en el estado de necesidad justificante, que se excluye si el agente ha provocado voluntariamente el peligro de que trate de salvarse mediante la comisión del delito (art. 27 CP). La legítima defensa se excluye por la provocación dolosa o culposa que realiza el provocador; esto es especialmente cierto cuando el provocador, *fabrica* una legítima defensa y hiere o mata al provocado. En estos casos, según algunos, la legítima defensa se excluye por la *actio illicita in causa*; según otros, por la existencia de un abuso del derecho; y, según otros, por el acto precedente (*injerencia*). Lo mismo ocurre con las otras causas de justificación; por ejemplo, en cuanto al consentimiento, el engaño esencial utilizado por el agente para obtenerlo de parte del derecho habiente excluye la causa de justificación e implica que debe responder como autor mediato del delito causado.

Las conductas dirigidas a eludir dolosamente los presupuestos fácticos y jurídicos de una causa de exculpación o de justificación tienen la consecuencia de una equiparación entre la actuación *in fraudem legis* con la actuación *contra legem*. Respecto a esas conductas, tendientes a procurarse una causa de exculpación o de justificación, nuestro derecho sigue el principio de equiparación entre la actuación en fraude de la ley y la actuación contra la ley, del mismo modo como lo hacen el derecho civil y el derecho tributario.

II. LA EXCLUSIÓN DOLOSA DE UN ELEMENTO DEL TIPO OBJETIVO

Si el agente excluye dolosamente un elemento de la tipicidad, por un acto precedente suyo, su acción afecta el tipo prohibitivo. Este es lo mismo que el delito-tipo (*Deliktstatbestand*). El delito-tipo es la parte del tipo total que contiene las notas descriptivas del contenido injusto y culpable del hecho punible, con exclusión de los elementos exteriores al tipo, como son las causas de justificación y de exculpación.¹³ El delito-tipo es el hecho concreto descrito en la ley penal, sin considerar si es antijurídico y culpable. Precisamente, es en el delito-tipo donde se da *la función de garantía del*

13 JESCHECK 1978: 222; SCHÖNKE y SCHRÖDER 2001: §§ 13 ff., Rdn. 44.

derecho penal, pues el ciudadano solamente puede ser sancionado si su conducta está definida *por una ley en sentido formal*.

Para la existencia de una conducta evasiva de la tipicidad se requieren dos elementos. Por un lado, debe existir una conducta dirigida a evadir la aplicación de la ley penal. El agente debe haber creado *une situation conforme à la loi*, de manera *artificial*. Este primer aspecto es el elemento objetivo de la actuación en fraude de la ley. Un comportamiento realizado en fraude de la ley es *objetivamente* cualquier actuación de un agente que choque contra el sentido de una norma penal, pero cuyo tipo penal (legal) evada artificialmente.¹⁴

Por otro lado, en materia penal se requiere un *momento subjetivo* para la existencia del fraude de la ley. Este momento subjetivo lo designa Von Weber como intención de actuar en fraude de la ley.¹⁵ En materia penal, la regla general —y salvo excepciones— es que la punición de una conducta solo es posible si el autor realiza el elemento objetivo con conocimiento y voluntad de realizarlo. En efecto, *fraude à la loi sans fraude* sería una contradicción en sí misma.¹⁶ Sin embargo, para la existencia del elemento subjetivo de la *fraude à 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.¹⁷

¿Cómo se regula en el ámbito penal el caso de que el agente, por un acto precedente, excluya dolosamente un elemento del tipo objetivo, de tal modo que cuando él actúa, en virtud de esta conducta previa, su conducta no cae bajo el tipo penal (legal)?

Hay disposiciones legales que consideran algunas conductas evasivas como delitos particulares. A estas conductas se les tiene como conductas no ocurridas jurídicamente (puede aplicarse en tales casos el principio «el derecho no necesita ceder a lo injusto»). Tal es el caso del fraude de simulación, que castiga al que en perjuicio de otro y para obtener cualquier beneficio indebido «[...] hiciere un contrato, un acto, gestión o escrito judicial simulados, o extendiere falsos recibos o se constituyere en fiador de una deuda y previamente se hubiere hecho embargar, con el fin de eludir el

14 STÖCKEL 1966: 14; TEICHMANN 1962: 49; RÖMER 1955: 14.

15 WEBER s. d.: 274.

16 WÜRDIGER s. d.: 273.

17 STÖCKEL 1966: 17 y ss.

pago de la fianza» (art. 218 CP).¹⁸ Lo mismo ocurre con la estafa de seguro (art. 220 CP): se castiga a quien, para lograr para sí o para otro el cobro de un seguro u otro provecho ilegal, destruyere, dañare o hiciere desaparecer la cosa asegurada, o se produjere una lesión o agravare las consecuencias producidas por un infortunio.¹⁹ Igual cosa pasa con el agiotaje (art. 238 CP), que castiga al que para obtener un lucro inmoderado para sí o para un tercero, «tratare de hacer alzar o bajar el precio de mercaderías, valores o tarifas mediante negociaciones fingidas, noticias falsas, acaparamiento, destrucción de productos o mediante convenios con productores, tenedores o empresarios».²⁰ Un caso particular de actuación punible en fraude de la ley es el delito de legitimación de capitales (lavado de dinero), previsto en el artículo 69 incisos a y b de la ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas,²¹ de Costa Rica.

En todos estos casos se castiga la actividad tendiente a evadir la ley mediante actos que tienen la apariencia de legales. La ley castiga directamente la simulación, es decir, la fabricación de una situación antijurídica que el derecho desconoce, pues parte de la realidad del acto realizado.

Pero fuera de estos casos expresamente establecidos, 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.²²

18 No hay disposición similar en el CP peruano. Lo que más se le parece es el art. 438, en el que se prevé la falsedad genérica. (Nota del editor).

19 El CP del Perú no contiene disposición específica sobre la estafa de seguros. Este comportamiento está comprendido en el tipo legal genérico de la estafa, art. 196.

20 El art. 198, inc. 3 CP Perú, solo se reprime el «agiotaje societario». En sus art. 232 y 233 se prevé el acaparamiento o «acuerdos colusorios». (Nota del editor).

21 En el Perú, el delito de lavado de activos es regulado en la ley 27765, del 27 de junio de 2002. (Nota del editor).

22 FIANDACA y MUSCO 2002: 94.

1. La analogía *in malam partem*

En Francia casi siempre se respetó el principio de legalidad y la prohibición de la analogía *in malam partem*.²³ Precisamente por esto —incluso en el nuevo Código Penal de 1994—, no se admite el delito de comisión por omisión.

En Alemania, durante la vigencia del derecho penal liberal, antes de la época nazi, el Reichsgericht había dicho acerca de la exclusión de un elemento del tipo objetivo, en sentencia de 21 de enero de 1918:²⁴ «Sin embargo, esto es jurídicamente erróneo y no conclusivo. Quien elude una ley penal [*ein Strafgesetz umgeht*] no puede ser castigado conforme a esa ley penal, incluso en el caso de que persiga la finalidad de realizar un hecho contra [la finalidad] de la ley».

El Reichsgericht dijo que la exclusión dolosa del tipo penal es impune por ser atípica. Kohler, quien comenta la sentencia de dicho tribunal, la aprueba.²⁵ Además, agrega el argumento de la falta de dolo de quien así actúa, dado que el dolo debe referirse a los elementos de hecho del tipo penal, los cuales no existen en el caso concreto en el momento de la acción u omisión (principio de simultaneidad entre acción y dolo, cfr. art. 34 CP).²⁶

La situación cambió cuando el legislador nazi modificó el § 2 de su Código Penal para permitir la analogía *in malam partem* si el comportamiento chocaba con el sano sentimiento del pueblo alemán. De esta época es la llamada Blutschutzgesetz (ley de Protección de la Sangre) de 1935, que prohibía el matrimonio entre judíos y ciudadanos alemanes, declaraba nulos los matrimonios realizados en el extranjero *en fraude de la ley*, y castigaba con penas de prisión al que violara esa prohibición.²⁷ Dado que en esas leyes racistas y, en especial, en el caso de los matrimonios entre judíos y alemanes, la territorialidad del hecho (la celebración del matrimonio en Alemania) era parte del tipo objetivo, el derecho penal nazi castigó con la pena correspondiente al delito a quien había evadido la prohibición casándose en el extranjero. Con la derrota de Alemania, los aliados derogaron no solo el

23 Así, por todos: DESPORTES y LE GUNEHEC 2001: 158 y ss.

24 JW 1918, p. 451.

25 KÖHLER 1918: 451.

26 Art. 14, párrafo 1, CP Perú. (Nota del editor).

27 STÖCKEL 1966: 63.

§ 2 del CP alemán que permitía la analogía *in malam partem*,²⁸ sino también las leyes racistas del régimen nazi.

A partir del momento en que se excluye la permisión de la analogía *in malam partem*, se considera —en el derecho penal alemán— que condenar en el caso de la exclusión dolosa de la tipicidad implica violar el principio de legalidad, por no respetarse la prohibición de la analogía *in malam partem*.²⁹ Los autores alemanes no tratan específicamente el problema del fraude de la ley en sus manuales, pues lo consideran incluido en la prohibición de la analogía *in malam partem* y, quizá, también por estar unido al pasado nazi.

¿Por qué hay una interpretación analógica en perjuicio del reo en el caso de conductas en fraude de la ley? La norma penal brinda para su interpretación tres puntos de apoyo que el intérprete debe considerar al mismo tiempo: el texto de la norma, el sentido de la norma y la historia de su nacimiento. Un límite de la interpretación es el sentido de la norma, porque aquella termina donde finaliza el sentido de esta.³⁰ Sin embargo, un límite exterior de la interpretación es el significado posible de las palabras contenidas en la norma, porque el sentido de esta solo puede expresarse en palabras. Las palabras son la materia prima de la interpretación.³¹ Los límites de una interpretación permitida son, de manera positiva, el sentido de la ley y, de manera negativa, el posible significado del texto. Más allá de estos límites, el juez realiza una interpretación analógica —que es prohibida— si crea delitos o extiende los límites de la ley penal en perjuicio del reo, o si crea penas o eleva las ya existentes.

Si el agente excluyó dolosamente, mediante una acción precedente, un elemento del tipo objetivo, ese comportamiento en fraude de la 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

28 Así, por todos: JESCHECK y WEIGEND 1996: § 15, II, 3.

29 Entre otros, HENSEL 1923: 245, 261; DESBOIS 1927: 89; LIGERPOULOS 1928: 337; STÖCKEL 1966: 64; MADAY 1941: 85; BRUNS 1950: 147 y ss.

30 SAX 1953: 79.

31 Entre otros, JESCHECK y WEIGEND 1996: § 17, IV, 5; KRAHL 1986: 220 y ss.; TRÖNDLE 1978: § 1, N.º 42.

contenidas en el texto legal, lo cual significa una aplicación analógica prohibida de la ley penal.³²

La analogía es un procedimiento de integración del ordenamiento jurídico cuyo presupuesto es la identidad de la *ratio*, que está en la base del caso regulado y del caso no regulado (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*), y que llena las lagunas legales, contrarias al plan del ordenamiento jurídico.³³ Ella se permite cuando favorece al reo (analogía *in bonam partem*), pero se prohíbe cuando es en su contra, sobre todo, cuando el juez crea un nuevo tipo penal o agrava las consecuencias jurídicas dispuestas en la ley. Existen dos tipos de analogía: la analogía legal y la analogía jurídica. En la primera, el juez aplica la solución dada para casos similares a una situación no regulada. En la segunda, aplica principios inmanentes del orden jurídico a casos no regulados y crea así un nuevo instituto.³⁴ En el caso de los comportamientos en fraude de la ley, el juez aplica los principios generales del ordenamiento al caso no previsto en la norma evadida. Hay, sin embargo, una diferencia entre la analogía común y la analogía que ocurre en el fraude de la ley. En la analogía común solo se ven las similitudes entre las dos situaciones (la regulada y la no regulada) y la *ratio* de ambas.³⁵ Pero en la situación del comportamiento realizado en fraude de la ley, el juez ve también la causación subjetiva de las similitudes entre ambas situaciones. El criterio distintivo es, en consecuencia, la voluntad del agente de excluir dolosamente el tipo penal.³⁶ Esta diferencia no evita que, en el caso del comportamiento en fraude de la ley, el juez aplique la analogía *in malam partem* para lograr la punición de la conducta.

En el derecho penal moderno no hay una norma que equipare la evasión de un elemento del tipo objetivo con la violación de la norma que lo prevé. No ocurre así con la equiparación de la actuación por acción al no impedimento del resultado, cuando existe el deber jurídico de actuar para impedir el resultado (posición de garante) y esa conducta omisiva corresponde, en su contenido injusto, al correspondiente delito de acción (comisión por

32 STÖCKEL 1966: p. 90.

33 Hay lagunas legales que corresponden al plan del ordenamiento jurídico. Se trata del silencio elocuente del legislador (RÜTHERS 1999: 465). En materia penal es silencio elocuente lo no regulado en el tipo legal.

34 En tal sentido: MANTOVANI 2001: 74; RÜTHERS 1999: 490.

35 SCHNEIDER 1972: 168.

36 STÖCKEL 1966: 100.

omisión, art. 18 CP).³⁷ Respecto a la cláusula general que equipara, bajo ciertos supuestos, la omisión con la acción, hay dudas razonables sobre si ella es compatible o no con el principio de legalidad, en especial respecto a la exigencia de una *lex certa*. Una cláusula general que equipara la evasión dolosa de un elemento del tipo objetivo a la violación de la norma evadida implicaría la derogación del principio de legalidad y llevaría el derecho penal a una situación similar a la que había en tiempos del derecho nazi, que derogando el principio de legalidad permitía la aplicación analógica en perjuicio del procesado. Esta cláusula general estaría en contradicción con la Constitución Política y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prevén el principio de legalidad criminal.

2. Prohibición de la analogía *in malam partem* en el derecho penal costarricense

El artículo 39 de la Constitución Política establece: «[...] A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior [...]». De acuerdo con este artículo, es presupuesto para la aplicación de una pena la existencia de una ley formal anterior al hecho punible, que defina el delito y establezca la pena.

Una de las consecuencias de este artículo —que define el principio de legalidad en materia penal— se refiere a la interpretación de las disposiciones penales. De acuerdo con el artículo antes citado, la analogía está prohibida como método para lograr la creación de nuevos delitos o para extender los límites en perjuicio del reo de tipos penales ya existentes; tampoco puede usarse como método para lograr la creación o la agravación de las penas o de las medidas de seguridad. La prohibición de la analogía *in malam partem* tiene su fundamento en que solo el legislador, por disposición constitucional, puede crear delitos y penas.³⁸ Hay, pues, una estricta reserva de ley en esa materia. La analogía *in malam partem* implica que el juez, en libre creación del derecho y mediante la exploración del sentido de la norma, extiende la norma o la crea mediante la interpretación. Si existe una laguna legal que solamente puede llenarse mediante interpretación analógica, puede completarse si favorece al reo. Si por la interpretación el juez trata de

37 Cfr. art. 13 CP Perú. (Nota del editor).

38 JESCHECK y WEIGEND 1996: § 15, III, 2.

llenar una laguna legal en contra del reo, no puede hacerlo porque se lo impide el artículo 39 de la Constitución.³⁹ Los artículos 1 y 2 del CP⁴⁰ costarricense reiteran tanto el principio de legalidad como la prohibición de la analogía, ya previstos en la mencionada norma constitucional. Del mismo modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el principio de legalidad criminal en su artículo 9, como un derecho humano fundamental.

El juez que aplique por analogía *in malam partem* la ley penal, viola directamente con su sentencia el artículo 39 de la Constitución Política, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 1 y 2 del Código Penal, y el tipo penal que fue evadido por el agente, el cual se aplica a una situación diferente de la prevista en él.

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

El derecho penal costarricense se ha ocupado del fraude de la ley de un elemento del tipo objetivo en delitos contra la administración pública, en especial cuando hay elementos de corrupción. No cabe duda de que la corrupción y la pobreza son los dos grandes males de Latinoamérica. La corrupción pública y fenómenos tales como el terrorismo, el narcotráfico, los secuestros, la delincuencia organizada en bandas, etc., someten al Estado de derecho a una doble prueba: por un lado, debe combatirlos por ser contrarios a la ética social y al derecho; por otro lado, empero, debe hacerlo con los medios del Estado de derecho, pues, si se sale de los métodos legales el Estado se convierte en un violador de los derechos constitucionales y de los derechos humanos. Un ejemplo de la aplicación analógica de la ley penal nos lo brinda la jurisprudencia de la sala tercera de la Corte Suprema de Justicia costarricense. Esta sala aplicó la ley evadida al fraude de la ley, consistente en la evasión de un elemento del tipo objetivo. En este caso, se

39 Cfr. art. 2.24.d Const. Perú. (Nota del editor).

40 Lo mismo prevén los arts. II y III del Título Preliminar del CP Perú. (Nota del editor).

trataba de un delito de peculado.^{41 42} Resoluciones como la citada de la sala tercera de la Corte Suprema de Justicia, aunque materialmente puedan estar justificadas conforme a la finalidad de la norma, no ayudan al Estado de derecho porque violan su esencia misma, que es el respeto al principio de legalidad. En el caso de que se evada un elemento del tipo objetivo de un delito concreto, este tipo legal no puede aplicarse porque en el momento del hecho no existe coincidencia entre los elementos del delito. En el estado actual de los textos penales costarricenses, ese tipo de fraude de ley es impune.

III. CONCLUSIONES

En primer lugar, el fenómeno de la actuación en fraude de la ley tiene consecuencias diferentes según el elemento del delito en cuestión. Cuando la actuación en fraude de la ley afecta una causa de justificación o de exculpación, el legislador costarricense sigue el principio de equiparación entre la

41 Uno de los elementos del tipo objetivo del peculado (art. 354 CP) es que el funcionario público tenga bajo su custodia, percepción o administración el dinero o bienes que le han sido confiados en razón de su cargo. El peculado se consuma cuando el agente sustrae o distrae el dinero o bienes que tenía bajo su custodia. El acto de consumación ocurre cuando el dinero o los bienes salen de la esfera de custodia administrativa en que se encontraban (cfr., entre otros, CREUS 1983: tomo II 236; FONTÁN BALESTRA y LEDESMA 1991: 876). El dinero o los bienes en poder del funcionario, en virtud de su cargo, son el objeto material de la acción en que consiste el peculado. Para que exista este delito es necesario que previamente a la acción de distracción o sustracción se encuentren el dinero o los bienes bajo la esfera de custodia administrativa, asignada por el ordenamiento jurídico. El dinero o los bienes en poder del funcionario, en virtud de su cargo, es el objeto material de la acción en que consiste el peculado. La sala tercera de la Corte Suprema de Justicia dictó la sentencia N.º 2003-00822 en la causa N.º 94-001127-0202-PE, que condenó a quienes, por una acción precedente, habían sacado de la esfera de custodia administrativa los bienes, objeto material del peculado, considerando: 1) que no puede aislarse la compra de AVC ni la negociación con los bonos «[...] de los hechos que la antecedieron y que constituyen las denominadas compras al contado de bonos de deuda externa»; 2) que es parte de la conducta dolosa acreditada por el Tribunal (de instancia) permitir que los bonos adquiridos permanecieran en disposición de ATF y no del BAC; 3) que aunque los directores del BAC no fueron acusados por tales compras, fueron ellos quienes autorizaron a C. H. R. «tácitamente» a realizarlas; 4) que «[...] resulta inaceptable que los acusados se prevalezcan del despliegue delictivo de sus acciones para venir a alegar en su favor precisamente la falta de disponibilidad para el Banco sobre los títulos valores adquiridos que ellos mismos contribuyeron a causa».

42 El art. 387 CP Perú prevé este delito. (Nota del editor).

actuación en fraude de la ley y la actuación contra la ley, igual que en el derecho civil y en el derecho tributario.

Cuando la actuación en fraude de la ley se refiere a la exclusión dolosa de la tipicidad, de tal modo que en el momento de la acción el agente evada la aplicación del tipo penal prohibitivo, la consecuencia es la impunidad, a menos que se aplique la analogía *in malam partem*, prohibida por el ordenamiento jurídico. Una cláusula general, que equipare la evasión de una ley a la violación de la ley evadida, viola gravemente el fundamento del Estado de derecho en tanto que tal equiparación implicaría la derogatoria del principio de legalidad.

En segundo lugar, el fraude de la ley que concierne a la tipicidad de la conducta es un caso no frecuente. Lo cierto es que contra ese fenómeno no hay nada que hacer si queremos mantener inalterado el principio de legalidad criminal, fundamento del Estado de derecho.