

Pautas para el análisis del tipo objetivo en el derecho penal electoral costarricense*

*Analysis Guidelines for Objective Element of the Statutory
Definition of the Crime in Costarrican Electoral-Criminal Law*

Andrei Cambronero Torres (Costa Rica)**

Fecha de recepción: 14 de abril de 2016.

Fecha de aceptación: 17 de noviembre de 2016.

RESUMEN

Este artículo presenta un análisis sucinto de los principales conceptos del tipo objetivo como estrato de la teoría del delito, al tiempo que sugiere —como ideas a tener en cuenta— elementos propios de la dinámica electoral que el operador jurídico-penal debería valorar en este tipo de delincuencia.

PALABRAS CLAVE: delitos electorales, tipo objetivo, tipicidad, delincuencia electoral, procesos electorales.

ABSTRACT

The article presents a brief analysis of the main concepts from an objective element of the statutory definition of the crime as stratum of the Crime

* El presente artículo forma parte de la investigación que el autor desarrolla en su tesis doctoral titulada *La justicia penal electoral en Costa Rica*, inscrita en el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

** Abogado y criminólogo. Letrado del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. acambronerot@gmail.com, andrei.cambronero@ucr.ac.cr.

Theory, and at the same time that suggests —as ideas to take in to account— proper elements of the electoral dynamics that the criminal legal operator must value in this type of delinquency.

KEYWORDS: electoral crimes, objective element of the statutory definition of the crime, electoral delinquency, elections.

Introducción

Claus Roxin describía como una de las tareas más complejas de la dogmática propia de la teoría del delito la “formación y evolución cada vez más fina de un sistema del Derecho Penal” (1997, 193), basándose, a su vez, en la concepción kantiana de sistema: “unidad de los diversos conocimientos bajo una idea” (Kant citado en Roxin 1997). Por lo tanto, es aceptable reconocer la teoría del delito como un conocimiento dogmático (mayoritariamente consensuado) por medio del cual se aplica la ley penal o, en otras palabras, que permite dilucidar si una determinada conducta es o no un delito.

Al respecto, Enrique Bacigalupo indica que esa teoría

es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso [...] es una teoría de la aplicación de la ley penal. Como tal pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico (Bacigalupo 1994, 25).

Precisamente ese componente analítico es de vital importancia en tanto supone la fragmentación teórica —para su estudio— de una conducta concreta (activa u omisiva) que es llevada a cabo por un sujeto.¹ Ahora bien, debe recalcar que el análisis segmentado se da en el plano de la valoración, ya que, como es obvio y deja patente Eugenio Raúl Zaffaroni (1998, 26), “la conducta humana no es ‘estratificada’”; entonces, la teoría del delito es la constatación de características en una acción que permiten adscribirla a un constructo teórico denominado delito.

Al respecto, Carlos Creus (1992, 127) precisa que la teoría del delito tiene la función de realizar un ejercicio selectivo de entre todas las conductas

¹ Francisco Muñoz (1984, 1-5), sin hacer una diferenciación clara entre delito y teoría del delito, al desarrollar el apartado “Elementos y estructuras del concepto de delito”, ubica un ejercicio valorativo por estratos para afirmar la existencia de una conducta con relevancia jurídico-penal.

ilícitas,² para determinar cuáles son merecedoras de pena. Véase cómo esa selectividad responde —de nuevo— al acuerdo acerca de la condición de utillaje teórico para corroborar la presencia de elementos característicos en una acción humana.

Tales categorías analíticas son, a su vez, producto de acuerdos entre los respectivos locutores especializados, sin que esto implique una absoluta regularidad del contenido de los criterios. Por una parte, existe una estabilidad de los componentes básicos del sistema de estudio, pero, por otra, hay discusiones acerca del enfoque de algunos temas (piénsese, por ejemplo, en los diversos planteamientos de la acción) y el momento de análisis de algunas peculiaridades de la conducta (tipicidad conglobante vs. antijuridicidad material).

De forma concreta, Bacigalupo refiere:

el sistema actual de la teoría del delito está integrado prácticamente por las mismas categorías que en su origen en el último cuarto del siglo XIX [...] De todos modos, la discusión y la polémica en torno a la teoría del delito es y ha sido continuo. Sin embargo no se discute el orden de las categorías, pues éste procede del fundamento lógico-normativo de los problemas generados por la aplicación de la ley penal [...] Lo que se discute se refiere precisamente a la cuestión de la mediación entre la ley y los hechos que son objeto del juicio (Bacigalupo 1994, 26-7).

Acerca de esto, tratándose de las categorías básicas (consensuadas), están la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; son estas las “características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito” (Muñoz 1984, 1). En efecto, para aplicar una sanción

² Para Creus existe una teoría de conductas ilícitas, en la que un abordaje de las conductas que contrarían los imperativos legales, entre estas el derecho penal —por medio de la teoría del delito—, selecciona las merecedoras de pena.

penal es ineludible llevar a cabo, de forma previa, una reflexión acerca de si los hechos en estudio suponen:

- 1) Una conducta reprochable —por estar disvalorada en una norma—.
- 2) La contradicción de un mandato con el que se protege un bien jurídico.
- 3) La censura subjetiva de tal acción (Zaffaroni 1998, 128).

Con base en lo anterior, una de las hipótesis consiste en que a la delincuencia electoral —por sus particularidades— se le debe aplicar una teoría del delito climatizada. Empero, esa visión no supone, en modo alguno, un replanteamiento total de las categorías teórico-conceptuales existentes, sino tomar la dogmática penal tradicional para incorporarle aditamentos propios del fenómeno electoral.³

Por ello, se ha de concebir la teoría del delito electoral como una metodología analítica basada en los componentes tradicionales de la dogmática penal, pero encausada a partir de las particularidades de la dinámica del sufragio —en sus dimensiones electiva y consultiva—, que normalmente son obviadas por los operadores de la jurisdicción penal ordinaria; en pocas palabras, es una relectura de un libro clásico, pero con lentes de graduación distinta.

En las siguientes líneas se presenta un análisis sucinto de los principales conceptos de la tipicidad (específicamente del tipo objetivo) como estrato de la teoría del delito, al tiempo que se sugieren, como ideas a tener en cuenta, los matices antes aludidos; es decir, a la par del contenido dogmático tradicional se indican elementos propios de la dinámica electoral que el operador jurídico-penal debe valorar.

³ Ejercicios similares, pero con otra intención, se han realizado en estudios como el de Santiago Mir, en el que expresamente se reconoce la finalidad de tal empresa: “Se seguirá, para ello, el procedimiento de replantear el sentido y contenido de cada una de las categorías de la teoría del delito, teniendo en cuenta la forma de operar de la norma preventiva y a la luz de la trilogía sugerida de la posibilidad, necesidad y licitud de la prevención en un Estado social y democrático de Derecho” (Mir 1982, 48).

Tipicidad

En el orden lógico de análisis planteado por la teoría del delito, una vez afirmada la existencia de una acción (en sentido jurídico-penal), corresponde determinar si esta es típica.

Iniciada con Ernst Ludwig von Beling, la concepción tripartita del tipo penal precisa que, para adquirir la etiqueta de delito, una acción debe ser típica, antijurídica y culpable,⁴ lo cual impone un estudio de cada una de esas categorías como paso previo e irrenunciable antes de continuar con el abordaje de la siguiente.

El presente artículo, con la especial advertencia de que no se trata de un desarrollo exhaustivo del componente ni de sus contenidos o evolución, presenta los principales rasgos de la tipicidad, en tanto construcción dogmática, para sugerir aspectos a tomar en consideración cuando se aplique a delitos electorales.

Como primer paso, se considera trascendental tener presente la diferencia sugerida por Zaffaroni (1998, 171-3) entre tipo,⁵ juicio de tipicidad y tipicidad. El primero de esos términos corresponde a la construcción gramatical prevista en las leyes penales, por medio de la cual el legislador disvalora una conducta y la hace merecedora de sanción penal; en otras palabras, es el artículo en que se criminalizan comportamientos.

De acuerdo con lo anterior, un tipo es la “figura que resulta de la imaginación del legislador” (Zaffaroni 1998, 172), es decir, la norma punitiva. Tomando elementos de la postura de Creus (1992), se podría decir que es la forma en que se manifiesta —en la ley— la selección legislativa de conductas merecedoras de pena (política criminal).

Por su parte, el juicio de tipicidad es el proceso analítico mediante el cual se logra determinar si la acción examinada encuadra en la formulación del tipo penal; en términos de Zaffaroni (1998, 172), es “la averiguación que

⁴ En contraposición, se encuentra la postura bipartita “diferencia únicamente entre injusto y culpabilidad” (Castillo 2008, 327).

⁵ Roxin (1997, 10) sugiere una amplia bibliografía de referencia de la teoría del tipo penal.

sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador”.⁶

Finalmente, la tipicidad es “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (Muñoz 1984, 39).⁷

*Teoría del tipo penal*⁸

Si bien líneas antes se definió el tipo como la proposición lingüística en la que la ley penal criminaliza las conductas, lo cierto es que a este vocablo se le han dado otros contenidos, igualmente importantes, para la comprensión del delito como producto de un análisis dogmático.

Tipo sistemático⁹

El calificativo que crea esta categorización se enfoca en el

conjunto de los elementos que permiten saber de qué delito se trata [...], involucra los elementos específicos del contenido injusto y culpable de un hecho que constituyen la clase concreta de delito de que se trata (Castillo 2008, 324).

Lo anterior significa que el tipo sistemático se ciñe a los elementos del tipo objetivo, aunque con atención a rasgos subjetivos de la conducta disvalorada (una acepción que abarca una suerte del tipo injusto).

Para Roxin (1997, 282), el carácter sistemático aparece con la aceptación del tipo como figura totalmente normativa, a partir de la cual se genera un juicio provisional de injusto.

⁶ Creus (1992, 185-6) lo define en un sentido similar.

⁷ De igual modo opina Zaffaroni (1998, 172).

⁸ Acerca de la evolución y el tratamiento del tipo, véanse los capítulos XXIII y XXIV de Jiménez de Asúa (1997).

⁹ Castillo (2008) hace una diferenciación entre tipo teórico-jurídico y tipo sistemático, adjudicándole al primero una sinonimia con la norma jurídico-penal, en tanto la segunda categoría es más amplia, pues supone la descripción gramatical de más elementos del contenido injusto y culpable. Sin embargo, de una revisión de la postura de autores como Roxin (1997) y Zaffaroni (1998), tal separación no tiene mayor aporte, pues, en esencia, el tipo sistemático se circunscribe a los elementos del tipo objetivo (previstos en la norma penal).

Tipo garantía

De manera puntual, Zaffaroni indica: “El ‘tipo garantía’ sería la materialización final del principio de legalidad: no está prohibido con relevancia de delito, lo que la ley no prohíbe” (Zaffaroni 1998, 175).

De acuerdo con lo anterior, esta perspectiva deriva de la contención del poder punitivo a partir de principios informadores de rango constitucional; en específico, el tipo garantía compatibiliza con la primera parte del numeral 39 del texto político fundamental costarricense que, en lo conducente, señala: “a nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior” (CPRCR, artículo 339, 2005).

En similar sentido, podría afirmarse que forman parte del núcleo de este enfoque otros parámetros democráticos como la máxima taxatividad legal, la reserva de ley, las restricciones impuestas a tipos en blanco y abiertos, la prohibición de la analogía y la interpretación restrictiva de las normas punitivas.

El tipo garantía es una forma de contener el poder punitivo, cuya habilitación depende exclusivamente de los permisos dados por el legislador en la norma para reprimir penalmente una conducta. Cabe decir que es una manifestación concreta del aforismo de Bidart: “no se reconocen derechos para limitar al poder sino, a la inversa, se limita al poder para preservar los derechos” (1987, 52).

Por último, antes de realizar observaciones acerca del tipo objetivo —como estrato de análisis para afirmar la tipicidad de una acción—, conviene recordar que actualmente, como parte de la teoría del tipo penal, se acepta que esta categoría (tipicidad) es *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad.¹⁰ Esto significa que

la tipicidad se comporta como indicio o presunción de antijuridicidad, porque es inherente a la misma la afirmación de la antinormatividad, es decir,

¹⁰ Acerca de la tipicidad como *ratio cognoscendi* vs. tipicidad como *ratio essendi*, véanse Creus (1992, 226), Jiménez de Asúa (1997, 238), Roxin (1997, 10) y Zaffaroni (1998, 210 y ss.).

porque el que cumple un tipo penal viola una norma, pero esto no significa —como pretenden los partidarios del tipo de injusto o de los elementos negativos del tipo— que su conducta choque con el orden jurídico (Zaffaroni 1998, 2013).

Tipo objetivo

Se tiene que estar consciente de que el análisis del tipo objetivo entraña reflexiones allende de la descomposición de los elementos que constituyen la norma punitiva. Debe estudiarse que la imputación del hecho al autor (es decir, la relación de causalidad entre acción y resultado) es, por ejemplo, trascendental para afirmar la existencia de tipicidad.

Sin embargo, la dinámica electoral delictiva no presenta mayores diferencias con la delincuencia común; no existen particularidades relevantes que lleven a una aplicación diversa de las corrientes de imputación tradicionales. La literatura clásica aborda este tema, y su síntesis puede hallarse en Castillo (2008, 388-520).

Ahora bien, en relación con los componentes de los tipos penales y su clasificación, el desarrollo de las categorías es imprescindible, pues, para efectos del presente estudio, tiene un doble propósito:

- 1) Explicitar el contenido semántico de cada uno de los términos.
- 2) Continuar, cuando corresponda, con el proceso de modulación (climatización) de la teoría del delito a los ilícitos electorales, con la intervención de los *topoi* existentes.

Criminalización primaria

En el modelo republicano corresponde al legislador —de manera exclusiva y excluyente— diseñar la política criminal. La Asamblea Legislativa tiene amplio margen para tipificar conductas como delitos, a partir de una ponderación de la lesión (o amenaza) a bienes jurídicos que considera de importancia para la sociedad (decisiones, todas, de índole valorativa).

En Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido esa discrecionalidad legislativa al afirmar: “es al legislador ordinario a quien le corresponde fijar la Política Criminal, y dentro de ella, las penas como elemento sustancial de la misma” (sc 2008b, 2008c, 2014b y 2014c). Empero, esa atribución no es omnímoda, pues está sujeta a derroteros del sistema político-democrático, como lo son la razonabilidad y la proporcionalidad.

De acuerdo con lo anterior, la creación de normas punitivas es potestad del legislador, quien se yergue como el proveedor del insumo básico del análisis de tipicidad: el tipo penal.

Sin embargo, en la criminalización de conductas pueden suscitarse contradicciones. La existencia del concurso aparente de normas es muestra fehaciente de que el legislador puede tipificar —en apariencia— un mismo comportamiento en varias normas excluyentes entre sí, y el operador es quien debe resolver el conflicto normativo.

Expresamente, la legislación penal costarricense prevé los parámetros para resolver la controversia en la aplicación:

cuando una misma conducta esté descrita en disposiciones legales que se excluyan entre sí, sólo se aplicará una de ellas, así: la norma especial prevalece sobre la general, la que contiene íntegramente a otra se prefiere a ésta y aquélla [sic] que la ley no haya subordinado expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria (CPCR, artículo 23, 1970).

En suma, por regla del principio, el legislador crea los tipos en los que se basa el análisis en este estrato de la teoría del delito y, frente a un conflicto normativo, es el juez penal quien precisa la regla jurídica aplicable.

Pese a esto, tratándose de delitos electorales, el panorama cambia. El artículo 102, inciso 3, de la Constitución Política de la República de Costa Rica otorga al Tribunal Supremo de Elecciones la facultad de “interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales

referentes a la materia electoral”; ese órgano constitucional es un interviniente indirecto en la delimitación de la política criminal y, eventualmente, en la jurisdicción penal electoral (hoy ejercida por los tribunales penales ordinarios).

Para mayor claridad expositiva se analizará un caso concreto. El numeral 128 del Código Electoral (CECR 2009) costarricense prohíbe a los extranjeros y a las personas jurídicas realizar contribuciones en especie a los partidos políticos. Correlativamente, se impone pena privativa de libertad al tesorero de la agrupación que reciba esa clase de aportes (numeral 276) y, además, se contempla como falta electoral —sancionada con multa para la agrupación política— la “recepción de donaciones contrarias al ordenamiento jurídico” (ordinal 288).

Frente a ese panorama normativo, el Tribunal Supremo de Elecciones —en la resolución n.º 6302-E10-2012— consideró que existía una concurrencia de ilícitos electorales y determinó que:

los tipos previstos en los artículos 275 y 276 del Código Electoral, para su configuración —tratándose de donaciones en especie por parte de personas que tienen prohibido hacerlas según el numeral 128— requieren que el monto del aporte supere los dos salarios base para el año correspondiente (TSECR 2012).

Como puede observarse, el juez electoral, en ejercicio de su competencia interpretativa, incorporó en el tipo penal un elemento objetivo adicional que el legislador no previó: la cuantía. En consecuencia, si un tesorero recibe una donación en especie de un extranjero o una persona jurídica, cuya tasación no supere dos salarios base, entonces la conducta deviene atípica. En otros términos, la magistratura electoral perfiló el tipo y le dio un contenido normativo concreto de observancia general.¹¹

¹¹ Al ser el fallo del Tribunal Supremo de Elecciones una sentencia hermenéutica, lo interpretado pasa a formar parte de la norma que se analizó, es decir, los tipos penales de los artículos 275 y 276 adquirieron un nuevo elemento. Esto es posible en razón de las competencias cuasilegis-

Ahora bien, el caso expuesto no es un concurso aparente de normas en sentido estricto; ciertamente ambas normas sancionan una misma conducta (recibir donaciones no autorizadas), mas lo cierto es que el sujeto activo en el tipo penal es distinto al de la falta —también las penas son diversas—, sin que necesariamente se dé aplicación excluyente de ambas normas.¹²

Sin embargo, cabe preguntarse qué sucede en un caso real de contraposición de normas punitivas, es decir, en un supuesto de concurso aparente de tipos. En razón del modelo constitucional actual, se considera que se pueden suscitar dos escenarios:

- 1) La descripción de la conducta se da entre normas penales electorales que se excluyen entre sí.
- 2) El conflicto normativo tiene origen en una norma penal electoral y una previsión penal ordinaria.

En el primer supuesto, se considera necesario llevar a cabo un procedimiento similar al de la consulta judicial facultativa, previsto en la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (artículos 102 a 108). A partir de una integración del ordenamiento jurídico y habida cuenta de la exclusividad interpretativa del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral, el juez penal —enfrentado a dos normas penales electorales aplicables, pero excluyentes entre sí— debería suspender el procedimiento y elevar una solicitud de opinión consultiva al organismo electoral, a fin de que se pronuncie acerca de cómo han de entenderse esas normas y cuál, en términos abstractos, prima. Se debe tener presente que este accionar implicaría, como efecto virtuoso, una especie de nomofilaxis preventiva de posturas jurisprudenciales contradictorias.

lativas (Sobrado 2005, 28-31 y 55-61) con las que el Constituyente dotó al organismo electoral costarricense.

¹² El diseño normativo costarricense parece establecer una respuesta punitiva doble: por una parte, sanción penal para el tesoro de la agrupación, y por otra, multa para el partido político, lo que constituye una suerte de sinergia entre el derecho penal y el administrativo sancionador, como lo sostiene Laura Zúñiga (2004, 271-2).

Al contrario, si el conflicto normativo se presenta entre una norma penal electoral y otra de carácter ordinario, corresponderá al operador dirimir el conflicto echando mano de los criterios reguladores del concurso aparente previstos en la legislación: especialidad, consunción y subsidiariedad. En esta hipótesis no sería admisible una interpretación armonizadora del Tribunal Supremo de Elecciones, pues tratándose de las normas penales ordinarias carece de competencia interpretativa. En todo caso, el juez penal estaría, como todo órgano jurisdiccional, señalando cuál es la norma aplicable al caso concreto.

Elementos esenciales del tipo

Corresponde ahora mencionar brevemente los elementos básicos que ha de contemplar cualquier tipo penal.

- 1) Sujeto activo. Realiza la acción (u omisión) punible. En la mayoría de los casos es de carácter genérico: no se requiere una especial característica personal para ser considerado autor del delito. “El que”, “quien” o “al que” son formulaciones clásicas de sujetos activos genéricos; sin embargo, el legislador puede establecer que algunos delitos solo los puede cometer cierta clase de personas, como los funcionales: por regla del principio, el sujeto activo deberá ser un funcionario.
- 2) Núcleo o verbo. Es la acción criminalizada por el legislador, es decir, hacer o dejar de hacer, lo cual implica una sanción penal. En palabras de Creus: el núcleo está constituido “por el verbo principal que expresa o indica la conducta [disvalorada]” (Creus 1992, 188).
- 3) Penalidad. Está constituida por la cantidad de años de prisión (o días de multa) con la que se sanciona una determinada conducta; el lapso está determinado por un rango que va de un extremo inferior (mínimo de años por imponer en caso de decretarse la responsabilidad penal) hasta un extremo superior (*quantum* máximo).

Estos tres elementos han sido considerados por la doctrina y la jurisprudencia constitucional costarricenses como esenciales del tipo penal. En concreto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica ha sostenido: “la tipicidad exige que las conductas delictivas sean acuñadas en tipos que tengan una estructura básica conformada con el sujeto activo y el verbo activo” (sc 1995, 2008a y 2014a). En cuanto a la penalidad, esta se ha reconocido como parte fundamental del tipo a partir de formulaciones como: **“Si un TIPO penal requiere ser completado en sus elementos esenciales (conducta —verbo y sujeto activo— o sanción)”** (sc 2008a y 2014a).

La importancia de tales componentes, en suma, se origina en la materialización que hacen de los principios de legalidad, tipicidad y reserva de ley. En este punto conviene referirse a la remisión genérica que, en la Ley de Regulación del Referéndum, hace el legislador para permitir que conductas ilícitas —realizadas en ocasión de una consulta popular de alcance nacional— sean perseguidas por medio de la aplicación de los tipos penales electorales.

Un tipo penal en blanco es aquel que remite a otra norma para ser completado en sus elementos —esenciales o accesorios—. Tratándose de los componentes básicos, la remisión solo se efectúa en fuentes normativas de igual o superior rango, so pena de inconstitucionalidad; pero en el caso de los aspectos accesorios, no existe limitación para cerrar el tipo en previsiones reglamentarias [por ejemplo, véanse algunas sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (sc 1993, 2001 y 2014a)].

Por otra parte, el numeral 32 de la Ley de Regulación del Referéndum señala:

A quien cometa las conductas tipificadas en los capítulos I y II del título VI del Código Electoral, durante la realización de consultas populares bajo la modalidad de referéndum o con ocasión de estas, se le impondrán las penas establecidas en estas normas para dichas infracciones.

Así las cosas, se pueden tener, al menos, dos posturas frente a la referida disposición:

- 1) Se trata de un megatipo en blanco.
- 2) Es una simple norma que extiende el ámbito de aplicación de los tipos penales electorales vigentes.

Si se decanta por el primer supuesto, puede saltar el cuestionamiento acerca de la constitucionalidad de la remisión, pero la duda es disipable desde un argumento normativista no muy elaborado: la remisión entre el megatipo en blanco y los tipos del Código Electoral se estaría dando de manera horizontal (de ley a ley), con lo que no habría afrenta a la legalidad ni a la reserva de ley en esta materia. El segundo escenario, *prima facie*, no generaría mayores sobresaltos.

No obstante, en ambos casos se podría estar generando un roce de constitucionalidad en razón de una posible autorización tácita para aplicar la analogía.¹³

Entre los procesos electivos y los consultivos es viable admitir una semejanza en lo esencial: ambos involucran el ejercicio del sufragio y comportan materia electoral.¹⁴ La ciudadanía es llamada a elegir gobernantes en uno de los casos y a pronunciarse acerca de una ley en el otro. Pese a ello, existen particularidades —especialmente prohibitivas— que implican un ejercicio exegético límite del operador penal, cuando se pretendan aplicar los tipos penales electorales a acciones ocurridas en un acto consultivo.

En derecho penal la analogía resulta odiosa, es decir, existe la prohibición de ejercitar razonamientos por semejanza con la finalidad de preservar

¹³ Castillo describe la analogía como “la aplicación extensiva de los principios extraídos de la ley, a casos que son jurídicamente semejantes a los decididos en la ley, es decir, iguales en lo esencial a ellos en todo aquello que sea decisivo para fundamentar una resolución” (Castillo 2008, 109).

¹⁴ Discusión aparte merecería la sentencia n.º 13313 de la Sala Constitucional (2010), en la que el voto de mayoría de ese órgano jurisdiccional determinó que el referéndum es materia legislativa.

el principio de legalidad criminal —ponderación axiológica en su favor—, restricción que, a criterio de Castillo (2008, 116-7), se ve flexibilizada si el legislador la permite y la manda para casos específicos.

Con base en el argumento del jurista costarricense, podría afirmarse que la previsión del ordinal 32 antes transcrito comporta una autorización expresa del legislador a la analogía y, cual si se tratara de una circunstancia similar a la del artículo 18 del Código Penal —obligación de aplicar a los delitos de resultado la comisión por omisión—, no existiría objeción. Pero gran parte del fundamento de Castillo recae en que la autorización del legislador es siempre acotada a condiciones que debe observar el juez, límites que no se hicieron en el caso de la norma acerca del referéndum.

Así, el artículo 32 en examen se limita a remitir a los tipos penales electorales, sin que establezca pautas de aplicación al operador jurídico. Esa indeterminación puede llevar a supuestos límites en los que el juez penal debe readecuar, en la tipificación normativa, incluso elementos esenciales.

Al igual que el Código Electoral, la Ley de Regulación del Referéndum prohíbe a las personas extranjeras —físicas o jurídicas— realizar aportes a las campañas (LRR, artículo 20, inciso b, 2006); la inobservancia de esa limitación implica responsabilidad penal. En los procesos electivos, si algún miembro del comité ejecutivo de una agrupación política recibe una donación de una persona foránea, podría ser sancionado con una pena privativa de libertad que va de los 2 a los 6 años, pero ¿qué ocurre en los procesos consultivos?

Las consultas populares no tienen a los partidos políticos como actores primordiales; quienes realizan las labores de movilización son las tendencias: el *sí* y el *no*. De esa forma, no existe el sujeto activo previsto en el numeral 275 del Código Electoral en el referéndum, sino, en el mejor de los casos, existirá un representante formalmente reconocido de la tendencia.

Con base en esto, si una tendencia recibe aportes de una persona extranjera, para perseguir la conducta por el ilícito de recepción de contribuciones privadas ilegales, se tendría que interpretar análogamente que

el sujeto activo previsto en el tipo penal —tratándose de consultas populares— cambia de miembro del comité ejecutivo superior del partido a representante de la tendencia, labor hermenéutica que supone una analogía que roza con los límites y las garantías constitucionales reconocidos para la materia penal.

El anterior ejemplo sirve para visualizar problemas concretos de diseño normativo que inciden en el juicio de tipicidad de conductas ocurridas en los procesos electorales, en este caso de carácter consultivo. Esta clase de especificidades no se encuentra en los delitos comunes, razón de más para seguir una aplicación climatizada de la teoría del delito.

Otros elementos del tipo

Enunciados los elementos esenciales del tipo, conviene referir otros componentes que se presentan en la construcción normativa que criminaliza una conducta.

Vale aclarar que la diferencia entre los elementos supone una reducción y no pretende ser una lista exhaustiva; antes bien, es una simplificación en las variantes que hace la doctrina acerca de los componentes del tipo.

Descriptivos

Roxin planteó una concisa definición de esta clase de elementos al explicitar que “reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo (cognitivo) por el juez” (Roxin 1997, 306).

Por su parte, Muñoz considera que estos componentes son los que deberían predominar en el texto jurídico, pues reducen el subjetivismo propio de la interpretación —valoración del vocablo por parte del operador— y “cualquiera puede apreciar o conocer su significado sin mayor esfuerzo” (Muñoz 1984, 45). En similar sentido, Creus (1992) identifica los elementos subjetivos con una descripción de la acción que ha de ser sancionada.

En la doctrina nacional, Castillo, basado en Hans-Heinrich Jescheck, menciona que

los elementos descriptivos posibilitan un mayor ligamen del juez a la ley, porque el sentido de esos conceptos deriva inmediatamente de la observación, de la experiencia general de vida o de criterios exteriores prefijados (Castillo 2008, 358).

Como corolario de las definiciones expuestas, se puede sostener que los componentes descriptivos del tipo son aquellos vocablos o enunciados cuyo significado está dado de manera casi unívoca —producto de consensos generalizados—, con sustento en referentes empíricos concretos —equipaje de viajero— o nociones generalizadas del contenido conceptual de una construcción de carácter más abstracto —vías de comunicación o sustancias energéticas—.

Normativos

Son aquellos en los que el operador debe realizar algún tipo de apreciación jurídica o metajurídica para dotar de sentido a la palabra. En breve, son normativos los elementos cuya concurrencia presupone una valoración (Roxin 1997, 306).

Importa destacar que la valoración presupuesta para estos componentes puede corresponder a ejercicios interpretativos desde la propia disciplina del derecho: el significado se obtiene de la integración del ordenamiento jurídico, pero la exégesis puede basarse en criterios socioculturales e incluso en otras ramas del saber humano. Creus lo resume así: “valoraciones propias de esos elementos pueden requerir un juicio de naturaleza jurídica, o uno de distinta naturaleza, que puede estar fundado sobre pautas ‘culturales’ o, en general, sociales” (Creus 1992, 208).

Aclaración necesaria. Sin demérito de las dos conceptualizaciones desarrolladas, es imprescindible dejar patente que la doctrina coincide en que

la diferencia tajante entre lo descriptivo y lo normativo del tipo es imposible. En efecto, Castillo, en un sentido similar al de Roxin (1997, 306-7), advierte:

Una clara distinción entre elementos descriptivos y elementos normativos no es posible, pues aun los elementos descriptivos requieren interpretación y hay elementos normativos que remiten a un núcleo empírico (Castillo 2008, 357).

Personales

Son características personales especiales que deben reunir los sujetos del delito; por ejemplo, solo quien cumpla con determinadas calidades puede ser imputado con base en la respectiva figura típica.

Udo Ebert (2005, 253) señala que estos elementos corresponden a circunstancias jurídica y penalmente relevantes que no caracterizan el hecho, sino, más bien, a la persona del autor o a los demás intervinientes, constituyendo parte de los criterios de imputación y punibilidad —agravantes o atenuantes, según exista o no la condición personal exigida—.

Político-normativos

En razón de la especificidad de los tipos penales electorales, se propone una categoría adicional de elementos: los político-normativos. Ciertamente, estos pueden verse como componentes normativos o, simplemente, como un aspecto normativo igual al resto; no obstante, la dinámica de los actos relativos al sufragio impone apreciaciones cuya matriz axiológica referencial dista de los actos jurídicos —o culturales— clásicos que se utilizan para dar contenido a los vocablos no descriptivos.

En las construcciones de los tipos penales del Código Electoral se incorporan aspectos propios de la cultura política, del sistema político y del régimen político; el operador necesariamente debe realizar una interpretación para determinar el tipo a partir de un conocimiento preciso de los alcances de tales rasgos. En esa labor, la cultura cohesionadora no es, en

sentido lato, la global del colectivo social, sino que, a partir de esta, debe extractarse la cultura político-electoral particular.

Para mayor claridad, se presenta un ejemplo. El numeral 271, inciso a, del Código Electoral sanciona con 2 meses a 1 año de prisión a quien presida una junta receptora de votos —o su sustituto— y omita comunicar al Tribunal Supremo de Elecciones el resultado de la elección. En esta norma, presidir una de estas juntas se comporta como elemento personal, pero, además, como un componente político-normativo: para lograr una correcta aplicación del tipo, es ineludible puntualizar quién es el presidente del organismo menor.

En la dinámica electoral, las presidencias de la junta receptora de votos son sorteadas por el programa electoral de asesores adscrito al Departamento de Programas Electorales del Tribunal Supremo de Elecciones. Luego de realizada la asignación aleatoria, se indica en el padrón cuál agrupación ejercerá ese puesto. Mas lo trascendental es determinar quién era el primado de la mesa al cierre de la jornada. Durante la votación la presidencia pudo cambiar varias veces entre los miembros de los partidos políticos presentes en el recinto, e incluso pudo ser ejercida por el auxiliar electoral en ausencia de representantes partidarios (artículos 44 del Código Electoral y 1 del Reglamento de Auxiliares y Encargados de Centro de Votación). Evidentemente, el tipo no refiere a quien formalmente haya sido designado o a su suplente, sino a quien, una vez realizado el conteo definitivo, estuviera al frente de la junta receptora de votos.

Eso se explica en razón de que el tipo busca, por medio de la prevención negativa, hacer llegar al centro de transmisión de datos la mayor cantidad de mensajes para así dar cortes precisos y significativos de los resultados preliminares de la elección; con ello, se pretenden diezmar los espacios de incertidumbre que, a la postre, pudieran ocasionar conflictos poselectorales.

Justamente esa dinámica —residenciada en la matriz del sistema electoral costarricense— debe ser tomada en consideración por el operador

para abordar los conceptos normativos de la previsión punitiva, pero esa valoración, como pudo verse, introduce aspectos específicos de la dinámica electoral, con lo que conviene calificar esos enunciados mediante la nomenclatura propuesta.

Reflexión final

La doctrina especializada define la justicia penal electoral como el conjunto de instituciones dispuestas a sancionar una conducta contraria a los principios democráticos relacionados con la elección de autoridades, así como el rol desempeñado por cada uno de los participantes de esos procesos (Betanzos 2012; Díaz 2013); sin embargo, se obvia indicar cuáles son los aspectos particulares por tener en consideración, al momento de aplicar una matriz teórica (teoría del delito), una conducta humana lesiva o peligrosa acaecida en el terreno de lo electoral.

Por lo tanto, resulta oportuno ofrecer algunas pautas heurísticas para que los operadores jurídico-penales tengan herramientas adicionales al enfrentarse con esta forma particular de delincuencia. Téngase presente que tales especificidades devienen en que “el delito electoral no tiene un fundamento rigurosamente jurídico, sino político” (Cruz 2013, 25), razón de sobra para adecuar los esquemas analíticos de referencia.

Por otra parte, al definirse el delito electoral como una acción típica, antijurídica y culpable,¹⁵ en la cual el tipo objetivo aspira a la protección de un interés o bien jurídico íntimamente relacionado con el objeto electoral,¹⁶ resulta innegable que este fenómeno requiere, para su abordaje, de una sensibilidad especial.

¹⁵ Hasta este punto la definición es similar a la de Barrios (2009), empero, este autor omite referenciar qué considera como acción electoral y no evoca mayores precisiones en cuanto a sus alcances y límites.

¹⁶ Se entienden como objeto electoral: “todos los actos relativos al sufragio, así como las normas y demás actos sujetos al Derecho Público que regulen y desarrollen el derecho a la participación política, las que establezcan mecanismos de protección para su efectivo goce o reparación y las destinadas a regular la conformación y atribuciones del Tribunal Supremo de Elecciones” (Cambroner y Mora 2015, 182).

Por tales motivos, las anteriores líneas son una invitación a mirar de una manera distinta los ilícitos electorales, a esforzarse por cambiar las estructuras penales tradicionales para lograr una tutela efectiva de la pureza del sufragio, para comprender que los esquemas teóricos deben estar al servicio de un fin práctico, en este caso, del perfeccionamiento de la democracia como sistema político favorable a la mejora continua de las condiciones de vida de los seres humanos.

Fuentes consultadas

- Acosta Romero, Miguel y Eduardo López Betancourt. 1990. *Delitos especiales*. México: Porrúa.
- Altés, Miguel Ángel. 1999. “El delito electoral”. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* 8 (extraordinario): 163-85.
- Bacigalupo, Enrique. 1994. *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L.
- Barrios, Boris. 2009. La Justicia Penal Electoral. Conferencia presentada el 2 de octubre, en Santo Domingo, República Dominicana. [Disponible en <https://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/la-investigacic3b3n-penalelectoral-boris-barrios-gonzc3a1lez.pdf> (consultada el 23 de enero de 2016)].
- Betanzos, Emer. 2012. “Delitos electorales y procuración de justicia penal electoral”. *Justicia Electoral* 10 (julio-diciembre): 91-126.
- Bidart Campos, Germán. 1987. *La interpretación y el control constitucional de la jurisdicción constitucional*. Madrid: Ediar.
- Cambroner Torres, Andrei e Iván Mora Barahona. 2015. *El control de constitucionalidad de las normas electorales*. Costa Rica: Editorial IFED-TSE.
- Castillo, Francisco. 2008. *Derecho penal parte general*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- CECR. Código Electoral. 1952. Disponible en <http://tse.go.cr/pdf/normativa/codigoelectoralderogado.pdf> (consultada el 8 de febrero de 2016).

- . 2009. Disponible en <http://tse.go.cr/pdf/normativa/codigoelectoral.pdf> (consultada el 8 de febrero de 2016).
- CPCR. Código Penal. 1970. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=106996&strTipM=FN (consultada el 8 de febrero de 2016).
- CPRCR. Constitución Política de la República de Costa Rica. 2005. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas.
- Creus, Carlos. 1992. *Derecho penal parte general*. 3.^a ed. Buenos Aires: Argentina.
- Cruz Blanca, María José. 2013. “La protección penal del derecho al sufragio”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-13.pdf> (consultada el 5 de marzo de 2016).
- Díaz, Héctor. 2013. “Reflexiones sobre los delitos electorales y la FEPADE a partir de la alternancia política (2000 al 2012)”. *Revista Mexicana de Derecho Electoral* 3 (enero-junio): 43-68. [Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-electoral/article/view/10005/12033> (consultada el 5 de marzo de 2016)].
- Ebert, Udo. 2005. *Derecho penal parte general*. México: UAEH.
- IFED. Instituto de Formación y Estudios en Democracia. (2005-2009). *Compendio de leyes y otras normas electorales*. Tribunal Supremo de Elecciones: San José. Manuscrito inédito.
- Jiménez de Asúa, Luis. 1997. *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- LJC. Ley de la Jurisdicción Constitucional. 1989. Disponible en <http://tse.go.cr/pdf/normativa/leydejusridiccion.pdf> (consultada el 5 de marzo de 2016).
- LRR. Ley de Regulación del Referéndum. 2006. Disponible en <http://tse.go.cr/pdf/normativa/leyderegulaciondelreferendum.pdf> (consultada el 5 de marzo de 2016).

- Mir Puig, Santiago. 1982. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Casa Editorial, S. A.
- Muñoz Conde, Francisco. 1984. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis.
- Reglamento de Auxiliares y Encargados de Centro de Votación. 2012. Costa Rica: Tribunal Supremo de Elecciones.
- Roxin, Claus. 1997. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas.
- sc. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. 1993. Sentencia n.º 2757 del 15 de junio de 1993. Disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=99796&strTipM=T&strDirSel=directo (consultada el 13 de febrero de 2016).
- . 1995. Sentencia n.º 295 del 13 de enero de 1995. Disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=99796&strTipM=T&strDirSel=directo (consultada el 13 de febrero de 2016).
- . 2001. Sentencia n.º 10542 del 17 de octubre de 2001. Disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=209197&strTipM=T&strDirSel=directo (consultada el 13 de febrero de 2016).
- . 2008a. Sentencia n.º 000055 del 9 de enero de 2008. Disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=404909&strTipM=T&strDirSel=directo (consultada el 13 de febrero de 2016).
- . 2008b. Sentencia n.º 4179 del 14 de marzo de 2008. Disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=

- 409608&strTipM=T&strDirSel=directo (consultada el 13 de febrero de 2016).
- . 2008c. Sentencia n.º 5179 del 4 de abril de 2008. Disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=406438&strTipM=T&strDirSel=directo (consultada el 13 de febrero de 2016).
- . 2010. Sentencia n.º 13313 del 10 de agosto de 2010. Disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=492416&strTipM=T&strDirSel=directo (consultada el 13 de febrero de 2016).
- . 2014a. Sentencia n.º 1170 del 29 de enero de 2014. Disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=599444&strTipM=T&strDirSel=directo (consultada el 13 de febrero de 2016).
- . 2014b. Sentencia n.º 3057 del 5 de marzo de 2014. Disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=602824&strTipM=T&strDirSel=directo (consultada el 13 de febrero de 2016).
- . 2014c. Sentencia n.º 8305 del 11 de junio de 2014. Disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&tem1=es%20al%20legislador%20ordinario%20a%20quien%20le%20corresponde%20fijar&nValor1=1&nValor2=611506¶m7=1&strTipM=T&Resultado=2&strLib=LIB (consultada el 13 de febrero de 2016).
- Sobrado, Luis Antonio. 2005. *La justicia electoral en Costa Rica*. San José: Investigaciones Jurídicas.

- Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. Poder Judicial de la República de Costa Rica. 2013. Sentencia n.º 2596 del 7 de noviembre de 2013. Disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=601184&strTipM=T&strDirSel=directo (consultada el 5 de marzo de 2016).
- TSECR. Tribunal Supremo de Elecciones. 2012. Sentencia n.º 6302-E10-2012 del 12 de setiembre de 2012. Disponible en http://tse.go.cr/juris/electorales/6302-E10-2012.html?zoom_highlight=%226302-E10-2012%22 (consultada el 13 de febrero de 2016).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 1998. *Tratado de derecho penal parte general*. T. 3. Buenos Aires: Ediar S. A.
- Zúñiga Rodríguez, Laura. 2004. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. En *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 149-86. Valencia: Tirant lo Blanch.