

DEDICATORIA

A mis padres, por su ejemplo, amor y entrega

MANUEL ESTRELLA RUIZ
MAGISTRADO

MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL

Consultor Internacional:

D. MANUEL ESTRELLA RUIZ

Magistrado de la Audiencia Provincial
Cádiz, España.

INDICE

Pág.

| | |
|--|----|
| Lección 1: El modelo ideológico de referencia de política legislativa: el derecho penal democrático. El derecho penal mínimo, garantista y útil. Los fines del derecho penal. La prevención general y la reparación del daño: la víctima como protagonista. El papel del Tribunal de Sentencia. El modelo meta Dogmático conceptual teórico..... | 6 |
| Lección 2: El modelo dogmático positivo. El principio de legalidad como garantía básica. Estructura de la norma penal. Su vigencia. Su interpretación. El caso concreto de la irretroactividad de la ley penal..... | 30 |
| Lección 3: La tipicidad o taxatividad penal. Los elementos del tipo. Las normas penales en blanco. La proscripción de la aplicación analógica. Referencia complementaria al análisis sociológico de la norma..... | 50 |
| Lección 4: La conducta (acción) humana. La fuerza irresistible. Las formas de participación criminal. Fenomenología de la acción típica: delito simple, complejo, conexo y continuo..... | 59 |
| Lección 5: El dolo: tipo de injusto del delito doloso, elementos, clases. Error de tipo. Otros elementos subjetivos del tipo injusto..... | 92 |
| Lección 6: La imprudencia: tipo de injusto del delito imprudente. Acción típica. La lesión del deber de cuidado: a) Concepto de cuidado objetivo; b) El deber subjetivo de cuidado; c) La lesión de cuidado. El resultado. Imputación objetiva. La regulación de la imprudencia en el código penal hondureño. La exclusión | |

de responsabilidad objetiva: caso fortuito
y el riesgo permitido.....99

Lección 7: La antijuricidad como reprobación
normativa global del comportamiento típico.
Estudio del juicio de reproche. Desvalor del
acto y desvalor del resultado. Delito formal,
delito de peligro y delito de resultado. Estudio
de las causas de justificación legítima
defensa ejercicio de derecho, cumplimiento
de deber y estado de necesidad. Referencia
complementaria al análisis sociológico.....107

Lección 8: Imputabilidad como capacidad de
culpabilidad y como presupuesto del reproche
culpabilístico. Las causas de exclusión o limita-
ción: mayoría de edad, trastorno mental transi-
torio (drogas de abuso, los trastornos de per-
cepción, la actio libera in causa). Referencia
complementaria a la Medicina Legal, Psicol-
gía, Sociología y Criminología. El reproche
culpabilístico. El delito doloso y el delito
culposo. Sus clases.....130

Lección 9: La culpabilidad, conocimiento de la
antijuricidad, error de prohibición. La no
exigibilidad de otra conducta. El estado de
necesidad disculpante. Miedo insuperable. El
encubrimiento entre parientes. Delincuencia
por convicción o por conciencia.....150

Lección 10: Consumación y tentativa. La
consumación formal y material. Tentativa,
fundamento del castigo de la tentativa. El
dolo en la tentativa. La delimitación entre
actos preparatorios y actos ejecutivos.
Distinción entre tentativa acabada y
tentativa inacabada. La llamada
tentativa inidónea. El desistimiento
voluntario de consumir el delito.

Los casos especiales de tentativa.....157

| | |
|---|-----|
| Lección 11: La punibilidad. La pena. Sistema de penas. Ejercicios de fijación de la pena por los Tribunales de Sentencia..... | 167 |
| Lección 12: Las medidas de seguridad. La peligrosidad criminal y la peligrosidad social. Penas y medidas de seguridad. Su imposición por los Tribunales de Sentencia. Referencia complementaria a la Medicina Legal. Psiquiatría, Sociología y Criminalística..... | 194 |
| HOJA DE VIDA DEL MAGISTRADO MANUEL ESTRELLA RUIZ..... | 208 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 211 |

Lección 1: El modelo ideológico de referencia de política legislativa: el derecho penal democrático. El derecho penal mínimo, garantista y útil. Los fines del derecho penal. La prevención general y la reparación del daño: la víctima como protagonista. El papel del Tribunal de Sentencia. El modelo meta dogmático conceptual teórico.

Antes de cualquier aproximación dogmática y político criminal al concepto moderno de Derecho penal, creo conveniente definir su justificación epistemológica. El Derecho penal constituye un medio de control social formal, que pretende funcionar como mecanismo de contención de determinadas conductas interpretadas como disfuncionales o peligrosas, al desarrollo social y al sostenimiento organizacional del Estado. Así como la Constitución de la República determina la juridificación de la norma básica fundadora del Estado y la materialización del subsistema de los Derechos humanos y la organización estatal, el Derecho penal, no es otra cosa más que la vigencia coercitiva y legítima de aquellos valores desprendidos de la racionalización de una moral básica contenida en la Carta fundamental, a lo que me atrevo a añadir conforme al principio de intervención mínima, es decir solo en relación a las mas graves afrentas y de los mas importantes valores a proteger por el Estado de derecho.

Siguiendo esta línea de pensamiento es como puede afirmarse, que el Derecho penal parte de la dignidad humana y su vigencia material. Los Derechos humanos y los Derechos Fundamentales no sólo sirven de marco o límite jurídico a la potestad punitiva del Estado, sino también teleológico e interpretativo. Es así como entonces, el Derecho penal gira en función de la protección de bienes jurídicos penales (intereses vitales que permiten el desarrollo de nuestras necesidades humanas) y no de la mera protección normativa o del sistema social. Sostener lo anterior permite, en palabras de Ferrajoli, limitar al Derecho penal, para afirmar en concomitancia un Estado social máximo.

El Derecho penal es una ciencia y como tal tiene claramente definido un objeto y un método de estudio. Su objeto es el fenómeno penal desde un plano eminentemente normativo (los delitos y sus

penas). Su método, la dogmática. Sin embargo esto no quiere decir, que nuestra ciencia sea del todo aséptica a cuestionamientos valorativos o político criminales, de lo contrario sería imposible creer en la evolución de los institutos o figuras que le definen. Por otro lado, si el fundamento del Derecho penal moderno es la afirmación de valores constitucionales, integrantes del sistema jurídico de los Derechos humanos, la progresión normativa es sencillamente impostergable.

Las valoraciones y principios del Derecho penal no pueden ser otras que las contenidas en el programa de Derechos humanos fundamentales resumidos a través de la siguiente fórmula: la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado.

El delito es un antivalue social, que persigue la desestabilización del sistema. El delito es una conducta peligrosa ex ante, cuyo contenido es equiparable a la voluntad especial del autor desafiante de las normas de orden general. Esa conducta debe ser contestada por el orden jurídico, negada en función de la continuidad y vigencia de los fundamentos morales prescritos en la Constitución de la República y en los pactos internacionales que suscritos por la nación forman parte del derecho interno con carácter preferente y muy especialmente el Pacto de San Jose , amen de Pacto de Nueva Cork.. De ahí surge la necesidad de la pena, de la definición normativa de un sufrimiento físico y psicológico para la permanencia del sistema de valores. Esta pena sólo puede ser impuesta cuando el autor haya podido ser determinado ex ante por la norma prohibitiva, cuando haya transformado el mundo físico externo o lo hubiere colocado en una situación de peligro efectivo. De no ser así, de no se posible la afirmación de un determinado grado de motivabilidad normal del autor, gracias a las aportaciones positivas de autores como FERRI, los códigos penales acogieron como consecuencias jurídicas a estados peligrosos, las denominadas medidas de seguridad. Las medidas de seguridad, a diferencia de lo que pensaron originalmente los autores positivistas, deben ser de orden postdelictual. A Von LISZT, rector de la Escuela de Marburgo, le debemos esta importante aportación que permitió la vigencia del actual sistema vicarial o dualista de penas y medidas de seguridad.

De esta manera es posible comprender el alcance de una primera conceptualización objetiva de Derecho Penal, descrita por MIR PUIG en los siguientes términos: conjunto de normas, valoraciones y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a

estos, como presupuesto penas y/ o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica.

Como bien expone MIR PUIG una norma jurídico penal es un mensaje prescriptivo - que prescribe una actuación determinada- expresado a través de determinados símbolos, normalmente consistentes en enunciados.

Las normas jurídico penales prescriben determinadas conductas, positivas o negativas, en función de la protección de determinados bienes jurídicos. El Código penal hondureño en su artículo trece, establece que todo delito debe responder a una omisión o acción reprochable a título de dolo o culpa al autor. La norma jurídico penal, partiendo de las necesidades sociales contenidas en el bien jurídico, disponen que ciertas conductas no deben acontecer, o de serlo, deben ser castigadas para permitir la afirmación de la primacía de la ley. Los textos legales o enunciados legales, constituyen el vehículo de expresión de las normas legales, a cuya clase pertenecen las normas jurídico penales. La norma debe tener un contenido lógicamente hilvanado, que generalmente esta integrado por un conjunto de enunciados legales. Algunas normas será explícitas. Sin embargo, y siguiendo a ROXIN, la mayoría serán dibujadas a través de la dogmática jurídica al reconocer el sentido axiológico del ordenamiento jurídico en su conjunto.

El Derecho penal existe para cumplir un propósito fundamental e imprescindible: determinar la conducta de los hombres y mujeres en sociedad. Como las cosas deberían ser, es decir, se encuentra plasmado en la Carta Fundamental, de aquí es donde surgen primero el sistema de Derechos humanos y después, como consecuencia natural, el orden penal. A diferencia de lo que pensaba KELSEN, la norma jurídica primaria no se dirige en un primer término al juez, sino al ciudadano, para que éste último adecue o adapte su comportamiento a los valores estandarizados de la macro expectativa social. Así puede comprenderse con mayor exactitud dogmática, el funcionamiento del Derecho penal. Este no surge como un mecanismo de castigo, sino como instrumento de prevención. Esta idea de norma primaria engarza con suficiente claridad al principio de culpabilidad, que exige la motivabilidad normal del autor ex ante. Naturalmente, cuando la potestad punitiva advierte, que la norma primaria no puede ser reconocida por el receptor, no lo sancionará con una pena, sino que protegerá al sistema, a través de una medida de seguridad ex post. Tampoco aquí, como puede apreciar el lector, tal y como enseña

jorge Juarez el Derecho penal no persigue castigar, sino evitar futuras lesiones a bienes jurídicos protegidos por el agente incapaz de acceder a la norma primaria y entender su alcance motivacional.

La norma secundaria esta dirigida a los jueces a los efectos de que estos administren o digan el derecho aplicable al caso concreto. A diferencia de la norma primaria, que requiere para su reconocimiento intelectual un nivel aun más severo de abstracción; en relación a la norma secundaria, ésta se percibe directa y taxativamente. Desde la óptica de la norma secundaria, los códigos penales se constituyen como recetarios de delitos y penas. Los jueces se percatan de la infracción penal, que no es otra cosa más que la modificación típica, deliberada o negligente del mundo físico exterior, contradictoria con la norma y lesiva a los intereses vitales merecedores de pretección penal según el legislador, en el que no olvidemos , recae el mandato de la soberanía popular. A partir de ello, luego del estudio adscriptivo de responsabilidad personal, deciden el castigo a imponer, entre los rangos mínimos y máximos también prescritos por la misma norma secundaria.

La norma secundaria funciona ex post, tuvo que haber acontecido el hecho reprochable a priori , para que tenga lugar su aplicación material. Sin un hecho histórico relevante penalmente, la norma secundaria sólo juega un papel informativo bastante etéreo, que en nada justifica el verbo rector del trabajo jurisdiccional: juzgar. Los jueces son tales por su función, antes de eso, son otros receptores más de la norma primaria. La norma secundaria es eminentemente retributiva, por cuanto funcionando ex post, analiza acontecimientos y no controla conductas. El valor fundamental de estudiar el contenido de las normas primarias y secundarias, podrá se advertido con mayor nitidez cuando estudiemos la función del Derecho penal, en un Estado Social y democrático de Derecho. Tras la aprobación del código procesal Penal, Honduras se sitúa a la vanguardia técnica en la materia , contando con un texto extraordinario de gran peso y valor, en el que los Jueces de Sentencia, desarrollan una labor esencial de subsuncion de los hechos en la norma con absoluto respeto a la independencia intelectual, toda vez que no han tenido contaminación alguna con el proceso de instrucción de la causa.

Hemos dicho ya, que el Derecho penal es un conjunto de normas valoraciones y principios. Lo segundo significa, que el Derecho penal nos permite valorar conductas humanas interaccionales. Cuándo una conducta es valiosa o digna de reproche penal, en términos jurídicos

penales, o mejor aun, en función de los bienes jurídicos o intereses vitales juridificados que afirma o niega, debe decidirse a través de las pautas interpretativas dadas por la misma ley penal.

Cuando el código penal prescribe en su artículo ciento dieciséis: quien dé muerte a otra persona... comete el delito de homicidio simple, e incurrirá en la pena de quince a veinte años de reclusión; desvalora la conducta de dar muerte por el simple hecho de relacionarla con una pena, es decir con un mal.

Lo anterior también encierra otros aspectos de importancia trascendental en la organización jurídica del sistema social: nadie podrá ser castigado, de no ser que violente los valores contenidos en la norma básica fundante, producto de la racionalización de la dignidad y la libertad humana.

Es un Estado moderno, donde se afirmen los Derechos humanos como fuente sistematizadora del ordenamiento jurídico y de la interacción social, el Derecho penal no puede más que afirmar esos valores a través de la penalización de aquellas conductas que directamente y de forma grave confronten los valores sociales y democráticos de un Estado de derecho.

La norma de valoración, funciona ex post, por la sencilla razón, que sólo podemos criticar o valorar acontecimientos pasados. Si el Derecho penal sólo sirviera para valorar conductas y no determinarlas, su función debería ser eminentemente retributiva y ello contrasta la orientación preventiva del Derecho penal moderno.

El Derecho penal no persigue la inexistencia de perjuicios o males sociales, por ejemplo, que las personas enfermen o mueran, o que su patrimonio se vea menoscabado. El Derecho penal pretende evitar en sus receptores, la ejecución de conductas peligrosas que puedan racionalmente desencadenar, daños a intereses vitales juridificados, individuales o difusos, contenidos el ámbito de protección previamente definido por una ley penal taxativa.

Si aceptamos esta orientación teleológica de determinación ex ante de la norma jurídico penal, podremos afirmar en consecuencia, que el Derecho penal sanciona la comisión de conductas peligrosas, vinculadas a resultados reprochables, concentrándose con mayor énfasis, en aquellas conductas que podrían significar ex post, una confrontación material y normativa, con un bien jurídico protegido. De

esta manera podremos vincular pacíficamente, las funciones preventivas y retributivas de la pena en Derecho penal.

Si no reconociéramos la norma de determinación penal, es decir, que la norma jurídico penal pretende determinar conductas humanas, nos sería harto difícil, comprender cómo la norma desarrollada en el artículo ciento dieciséis del código penal (que regula el tipo de homicidio), pretende determinar a las personas, prohibiéndoles matar.

Por otro lado (y ésta es una crítica importante desarrollada por BELING), sin la norma de determinación, tendríamos que aceptar la espantosa argumentación, que al autor de un delito determinado se le sanciona sin haber quebrantado la ley. Si la norma que regula el homicidio fuere una simple vinculación jurídica de una conducta con una pena, y el autor de un hecho histórico en efecto ha matado a otro, se le sanciona, sin haber roto ninguna prescripción normativa. Sin la norma de determinación penal, producto de nuestro razonamiento intelectual, deberíamos aceptar, que el único que puede violar la norma penal es el juez, y por el contrario, el autor sólo ejecuta una de las conductas descritas por la misma.

La norma de determinación marca la principal importancia y justificación del Derecho penal como mecanismo de control social y de contención de conductas humanas que vulneran o podrían vulnerar intereses vitales, individuales o difusos, positivizados por la norma fundamental.

Estructura de la norma penal.

Las normas jurídico penales están constituidas por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho no es otra cosa más que la hipótesis disvaliosa ex ante, que de acontecer permitiría la relevancia de la conducta para el Derecho penal, que abre paso a su vez a la tipicidad, e indiciariamente a la antijuricidad, pues como tendremos ocasión de repetir en no pocas ocasiones, la tipicidad es indicio de antijuricidad, centrándose el estudio de esta última en la práctica a un análisis negativo, a saber, la constatación de que no obra ninguna causa de justificación.. El supuesto de hecho es el antecedente necesario de la consecuencia jurídica. Una conducta humana debe ser afirmada, para que el castigo este justificado, en caso que la modificación haya contrariado la norma y lesionado algún interés jurídico penal.

La consecuencia jurídica será la pena o la medida de seguridad postdelictual, esta última en caso que la norma primaria no haya podido motivar a su receptor natural, el hombre con la capacidad intelectual y volitiva media.

Tanto el antecedente fáctico como el consecuente jurídico, deberán estar contenidos en un mismo contexto jurídico penal, caso contrario se violentaría el principio de taxatividad penal, corolario del principio de legalidad, que estudiaremos mas adelante. Son aceptadas, sin mayores dificultades dogmáticas, las remisiones internas, que no constituyen según el pensamiento dominante, casos de leyes penales en blanco.

PROPOSICIONES JURÍDICO PENALES INCOMPLETAS Y LEYES PENALES EN BLANCO.

En nuestro código penal, ninguna norma que determine delitos y sus penas, puede completamente disponerse en un sólo enunciado o precepto legal. De ahí la importancia de la Teoría del Delito para sistematizar los principios, prescripciones generales y valoraciones desarrolladas por la Parte General del código penal. Dentro del espectro de cosas que deben tratarse en el antecedente fáctico, sobresalen los problemas de tipicidad objetiva y subjetiva, antijuricidad material y formal, aspectos de imputación, afirmación del injusto completo, entre otros.

En la Parte Especial, en efecto podemos advertir con mucha frecuencia, la redacción legislativa de antecedentes hipotéticos y consecuentes penológicas. Ello no significa que la problemática de cada aspecto se limite a lo prescrito en el enunciado o conjunto de enunciados que se traten. Por esta razón, *latu sensu*, todas las disposiciones del código penal aparecen como proposiciones incompletas.

No obstante, el término de proposiciones jurídicas incompletas es más exacto técnicamente cuando se lo vincula con aquellas prescripciones normativas, que en articulados o párrafos bien distintos, regulan por un lado la hipótesis fáctica a desvalorar, y por otro, su consecuencia jurídica: la pena.

Tal es el caso de la definición del tipo penal de Robo del artículo doscientos diecisiete del Código penal, que dispone el contenido

fáctico normativo del injusto de robo, y será hasta el artículo doscientos dieciocho, cuando el legislador prescribe la sanción que corresponde.

Otro fenómeno muy distinto es el de la ley penal en blanco. En estos casos, la consecuencia jurídica es desarrollada con exactitud por el legislador, no obstante, el antecedente de hecho es delegado por el órgano legislativo a otro instituto de orden ministerial o municipal, extraño a la función propiamente legislativa. Como estudiaremos posteriormente, esta circunstancia afecta el principio de legalidad, en uno de sus corolarios, que ordena por motivos de seguridad jurídica, que el Derecho penal objetivo sea de exclusiva creación legislativa. En su origen la noción de ley penal en blanco sirvió en Alemania para explicar los casos en los que la Ley del Imperio dejaba la determinación del supuesto de hecho en manos de Estados Federales o de los Municipios. Al tenor de lo anterior BINDING, explicó que la ley penal en blanco se concibe en principio como autorización o delegación por parte de un órgano legislativo superior a otro de menor jerarquía. De esta manera BINDING pretendió solventar el problema, bastante real, que la ley penal en blanco representa, en función de la jerarquía de las fuentes y el principio de legalidad.

MEZGER amplió el concepto de ley penal en blanco sostenido por BINDING, a otros supuestos, que hoy en día aun sostienen autores como RODRÍGUEZ DEVESA:

1.El complemento se haya contenido en el mismo código o ley que contiene el precepto penal en blanco.

2.El complemento se haya previsto en otra ley pero emanada de la misma instancia legislativa.

La primera de estas ideas puede ser fácilmente discutida. Tal como hemos señalado más arriba, una norma penal, depende de la interacción lógica de diversos preceptos jurídicos, concatenados e hilvanados en una sola dirección, de hecho es regla que sea preciso relacionar varios artículos del código penal para obtener una norma completa.

El segundo planteamiento podría advertirse como una técnica legislativa inadecuada, que finalmente podría afectar la accesibilidad intelectual a la norma por sus destinatarios.

El código penal hondureño instruye, en su artículo ciento noventa, que quién practique inhumación, exhumación o traslado de cadáveres o restos humanos en contravención de las disposiciones legales o reglamentarias pertinentes, será sancionado con multa de cinco mil a diez mil lempiras. En el caso anterior, el legislador ha sido determinante al ordenar la sanción correspondiente a supuestos de hecho inconclusos, que dependen de disposiciones reglamentarias administrativas, para el perfeccionamiento del tipo de injusto penal como preceptuación completa.

El estudio de las leyes penales en blanco permiten una justificación especial en torno al análisis del error de hecho o de derecho que pudieren suscitar en su destinatario. Aquellos casos de error, sobre el contenido normativo de estas remisiones o delegaciones legislativas, han sido tratadas como error de derecho extrapenal, fenómeno que permite en determinados casos la exculpación, tal como bien expone MIR PUIG. En la actualidad se distingue entre el error sobre los elementos del supuesto de hecho del precepto no penal (a tratar como error de tipo) y el error sobre la existencia o límites de dicha norma (a tratar como error de prohibición).Ambas posibilidades de error, afloran con desgraciada frecuencia en las normas penales en blanco, muy especialmente en delitos fiscales en los que los códigos, generalmente se limitan a indicar una cuantía de defraudación a partir de la cual se considera delito en lugar de infracción administrativa, debiendo tener presente que por lo general el error insalvable excluye la tipicidad, mientras que , caso de ser vencible excluimos de ordinario el dolo, y los tipos en blanco , difícilmente pueden cometerse por imprudencia, lo que normalmente llevará a la impunidad.

Un fenómeno extremo y aun más inaceptable, por su confrontación a garantías constitucionales, es el de las leyes penales en blanco al revés, concepto acuñado por JIMÉNEZ DE ASUA, al referirse a aquellos casos en los que el órgano legislativo delega la función de determinar penas, a supuestos de hechos definidos por él, a órganos de índole administrativo o municipal.

EL PAPEL DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA, GARANTE DE LA PRESUNCION DE INOCENCIA MEDIANTE LA MOTIVACION DE SU RESOLUCION.

La Constitución de la República de Honduras, en su artículo 89 , consagra el principio fundamental del que a continuación nos vamos a ocupar, recogiénolo en los términos siguientes; toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente. El citado precepto , aparece consagrado en el Capítulo segundo del Título tercero de la Constitución y al tratarse de una norma relativa a los derechos fundamentales que la constitución reconoce a todo ciudadano (derechos individuales), debe interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados internacionales suscritos por la nación, textos que en lo afectante a la presunción de inocencia , serían los que a continuación transcribimos :

Art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos humanos de 10 de Diciembre de 1948, “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”.

Art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San Jose) de 22 de noviembre de 1969, Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras nos se establezca legalmente su culpabilidad.

Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, Bogotá (1948), art. XXVI, „Se presume que todo acusado es inocente ,hasta que se pruebe que es culpable.

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York), de 19 de diciembre de 1966, art. 14.2, toda persona acusad de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley.

Aparte de su consagración en cuantos pactos o tratados internacionales hacen referencia a los derechos fundamentales de la persona, el principio de la presunción de inocencia viene plasmándose en las resoluciones jurisprudenciales de nuestros Tribunales , lo que no ha impedido su reflejo literal en el Código, cuyo art. 2 , reconoce literalmente “Estado de inocencia. Todo imputado será considerado y

tratado como inocente mientras no se declare su culpabilidad por el órgano jurisdiccional competente de conformidad con las normas de este Código.

En consecuencia, hasta esa declaratoria ninguna autoridad podrá tener a una persona como culpable ni presentarlo como tal ante terceros. Por consiguiente, lo que informe se limitará a poner de manifiesto la sospecha que pende sobre la misma.

La violación de lo dispuesto en el párrafo anterior obligará a los responsables a indemnizar a la víctima de los perjuicios causados, los que serán exigibles en juicio civil ordinario, sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa que proceda.

La presunción de inocencia, es un derecho subjetivo público, que opera en una doble faceta, y así en su vertiente extraprocesal obliga a tratar al ciudadano acusado como no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos, conteniendo el código un plausible mandato al respecto al obligar a los miembros de la Policía nacional a no presentar a los detenidos ante los representantes de los medios de comunicación, preservando su derecho a que se les considere y trate como inocentes y el respeto a su propia imagen, mientras que en su segunda acepción, opera en el campo estrictamente procesal con decisivo alcance en el régimen jurídico de la prueba.

La presunción iuris tantum o verdad interina en que consiste el derecho fundamental que nos ocupa, es la primera y quizás más esencial garantía que el procedimiento penal de orden constitucionalista otorga al ciudadano acusado. Constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables, pues en un Estado de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso defendidos frente a condenas infundadas. La condena de un inocente representa la mayor quiebra de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que presiden un Estado moderno, y no podemos olvidar una vez más que Honduras es un Estado de Derecho, soberano, constituido como república libre, democrática e independiente para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social. (art. 1 de la Constitución).

La presunción de inocencia constituye no solo un criterio legal recogido tanto en el derecho sustantivo y adjetivo, sino un derecho

fundamental que ampara una garantía procesal , y que se traduce en una estructura de veracidad interina o provisional que , aunque no se corresponde en propiedad con lo que técnicamente es una presunción, funciona como tal . El derecho fundamental que examinamos , no precisa de un comportamiento activo de su titular , sino que se traduce en la obligación de acusar y probar para las partes acusadoras que pueden llevar el peso del ejercicio del ius punendi. Es una verdad interina como venimos manifestando , que puede ser enervada cuando consta en la causa prueba de cargo suficiente, producida regularmente, abarcando su verdadero espacio dos extremos fácticos, la existencia del ilícito penal y la culpabilidad del acusado , verdadero titular del derecho público subjetivo que venimos definiendo.

Continuando una vez más el ejemplo del Tribunal Constitucional español ,siguiendo a Rives Seva , podemos sintetizar las características que lo definen como derecho fundamental de aplicación inmediata y no , como una mera declaración programática o de buenas intenciones. En primer lugar , y en su aspecto cuantitativo, ha de existir una actividad probatoria mínima, o mas bien suficiente . Cualitativamente , los medios de prueba han de tener un sentido incriminador respecto a la participación del acusado en el hecho , siendo por tanto de cargo y han de merecer esa calificación por ser constitucionalmente legítimos , lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues solo la prueba regularmente obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución puede ser considerada por los tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria. En relación al lugar y tiempo apropiado para enervar validamente la presunción , no es otro que el del juicio oral con todas las garantías de publicidad , oralidad, publicidad e inmediación para permitir la crítica y contradicción procesal .

Es frecuente en la práctica , la confusión entre la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, cuando en realidad éste es un principio auxiliar , que se ofrece al juez a la hora de valorar la prueba , de modo que una vez practicada, si no llega a ser bastante para formar su convicción o apreciación en conciencia, en orden a la culpabilidad o no del procesado sus razonadas dudas habrá de resolverlas siempre a favor del reo. El principio in dubio pro reo , entra en juego en el momento de la valoración de las pruebas y no antes, hasta que se llegue a dicha fase , todo se habrá regido exclusivamente por el derecho a la presunción de inocencia, pero una

vez obtenidas las pruebas de forma lícita y regular , el in dubio pro reo habrá de considerarse como principio interpretativo, tanto de la norma como de su resultancia procesal. Se vulnerará el in dubio pro reo , cuando el Tribunal exprese directa o indirectamente su duda, es decir cuando no haya podido descartar que los hechos se produjeran de una forma mas beneficiosa para el reo y a pesar de ello , adopte la versión mas perjudicial para el mismo, pero lo que no puede convertirse es en la exigencia de que el tribunal dude como de ordinario sucede en la práctica.. Como dice la sentencia del TS español de 20 de abril de 1990, la presunción de inocencia actúa en tanto no se prueba el hecho delictivo y la participación del acusado en él, es decir cuando existe un vacío probatorio, una laguna de actividad procesal, en cuyo caso es preceptivo absolver. Ahora bien , si existen pruebas de cargo y de descargo debe el tribunal decidir cual ha de prevalecer, bien entendido que en caso de duda ha de prevalecer la absolución conforme al principio in dubio pro reo. El Código , en precepto que igualmente aplaudimos desde estas líneas , en su artículo 18, contempla igualmente el in dubio pro reo desde su acepción mas técnica como criterio interpretativo de la ley penal , criterio que igualmente exige la proscripción de la analogía in malam partem en materia penal.

Siguiendo una de las clásicas obras sobre el proceso penal , Piqué, Rifá, Saura y Valls, sintetizan la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional español en relación a la presunción de inocencia contemplando los siguientes elementos configuradores del citado derecho constitucional:

a) La presunción de inocencia es una presunción iuris tantum que puede desvirtuarse con una mínima actividad probatoria , producida con todas las garantías procesales, que pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir la culpabilidad del acusado.

b) No puede tomarse como prueba lo que legalmente no tenga carácter de tal, debiendo tenerse en cuenta que la simple reproducción en juicio oral, no puede otorgar valor de prueba a lo que legalmente no es tal , como sucede con el atestado.

c) La actividad probatoria ha de realizarse normalmente en el acto del juicio oral, afirmación que se vincula al derecho del interesado a su defensa y a un proceso público con todas las garantías y que se traducen en los principios de oralidad, intermediación y concentración que rigen en el proceso penal .

No obstante , también podrán desvirtuar aquella presunción las pruebas preconstituidas de imposible o muy difícil reproducción que obren en la fase de instrucción, siempre que se hubieren respetado las garantías constitucionales en su obtención. Por otra parte , tampoco cabe negar toda eficacia probatoria a los distintos actos de investigación, siempre que sean reproducidos durante la fase del juicio oral.

d) Se admite la prueba indiciaria y que ésta pueda desvirtuar la presunción de inocencia siempre que aquélla parta de unos hechos indiciariamente probados plenamente , ya que no cabe construir certezas sobre la base de simples sospechas. Además será preciso que el razonamiento mental seguido por el Juez se exteriorice en la sentencia a través de la motivación , cuestión que nos parece trascendental y que abordaremos posteriormente.

e) La presunción de inocencia es compatible con las medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, cuestión que abordaremos luego con mayor profundidad.

f) Se admite la extensión de la presunción de inocencia fuera del ámbito penal, siendo aplicable a cualquier resolución administrativa o jurisdiccional que , basada en la conducta de las personas pueda derivar en un resultado sancionador o disciplinario.

g) La presunción de inocencia, no es un principio general del Derecho, sino un auténtico derecho constitucional de aplicación directa por los tribunales.

h) la presunción de inocencia, no puede ser invocada con éxito respecto de hechos o elementos aislados debatidos en el proceso. Para que su aplicación tenga lugar, deberá atenderse al conjunto de la actividad probatoria y jurisdiccional (conclusión que es compatible con la sana crítica como regla de valoración de las pruebas).

La presunción de inocencia se traduce en relación a la carga de la prueba, en la obligación procesal de las partes acusadoras respecto a los hechos constitutivos del tipo penal que se imputa y como es obvio de la culpabilidad, ahora bien, en materia de hechos excluyentes, impeditivos, extintivos y en cuanto afecte a la inimputabilidad, surgen serias dudas que trataremos de analizar.

En la actualidad, se suele admitir que, lo que dispensa de la carga probatoria es la simple y mera negación de la intervención del hecho, pero, una vez acreditada la misma, se produce una nivelación procesal de las partes, y así, si el encartado introduce en la causa un elemento extintivo (el pago en el cheque en descubierto, la reposición en plazo de los caudales, el destino al autoconsumo de la droga intervenida..), tiene la carga de probar el mismo, pues de lo contrario, bastaría con la simple alegación de cualquier hecho extintivo para enervar la acción penal y hemos de convenir en que los hechos impeditivos, no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del delito, la no concurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad penal. En definitiva basta con considerar la facilidad probatoria con que cuenta quien alega un hecho impeditivo o excluyente de la responsabilidad penal para entender que la presunción de inocencia no puede traducirse en una licencia para la absolución, siendo compleja y hasta imposible su prueba para las partes acusadoras. Igual consecuencia se aplica a los supuestos de invocación del error tanto en su modalidad de error de tipo (error de hecho), como de prohibición (error de derecho), pues se tratan en definitiva de causas de excepción de la acción penal que corren la misma suerte que los hechos impeditivos.

No sucede lo mismo con las causas de justificación, o mejor dicho, no se aplica la carga de su prueba para el acusado con el mismo rigor. En principio es absurdo exigir a las partes acusadoras que acrediten que todas y cada una de ellas no han concurrido en el supuesto objeto de las actuaciones, y la prueba de su existencia, recaerá sobre el acusado conforme al, *onus probandi incumbit qui dicit non ei qui negat* y *affirmanti non neganti incumbit probatio*, *negativa non sunt probanda*, pero si a la luz de las pruebas practicadas en el plenario se constatan elementos que hagan dudar de la presencia de una causa de justificación, entendemos que el principio *in dubio pro reo*, deberá prevalecer sobre reglas formales acerca de la carga de la prueba, aunque sea por razones de justicia material.

La prescripción, tampoco se somete a la regla general de la carga de la prueba, pues, no olvidemos que la prescripción es un instituto de derecho material y como tal un elemento integrador del concepto del delito, instituto que ha de ser apreciado incluso de oficio por jueces y tribunales, órganos que deberán entrar en su análisis, incluso aunque no se hayan alegado en forma por ninguna de las partes

intervinientes. Partiendo de tan amplia y benévola conceptualización de la prescripción, entendemos que si de las fechas de comisión del delito y su juicio, amen de la ausencia de actividad suficiente capaz a de interrumpir su cómputo se aprecia que el delito ha prescrito, debe ser apreciado en todo caso, y además, si existen dudas al respecto, no cabe interpretar lo sucedido en contra del reo.

En materia de delitos culposos la presunción de inocencia rara vez se invoca en los tribunales, y ello se debe a que lo normal no es discutir la participación, en cuyo caso debe operar con todo rigor (el acusado niega haber conducido aquella noche), sino la valoración de los hechos y su calificación jurídica y ello escapa a la presunción de inocencia, perteneciendo a la valoración judicial que estará presidida en esa segunda fase por el in dubio pro reo.

Para finalizar, y por obvio que pudiera parecer, consideramos conveniente recordar que, la presunción constitucional de inocencia, abarca, tanto a las figuras agravadas constitutivas de distinta modalidad delictiva (homicidio-asesinato), como a los subtipos agravados, y su destrucción ha de referirse a todos los hechos configuradores del tipo que se pretenda imputar. Paradigma de lo anterior es en la jurisprudencia española el binomio hurto-robo, en el que se viene considerando que la simple ocupación de unos efectos sustraídos en poder de un acusado no son elementos de juicio suficientes para la condena por delito de robo si el encartado invoca su ocupación por medios no violentos de los que según el Código penal definen la acción del robo.

La diferencia entre el antiguo sistema de la prueba tasada basado muy especialmente en la práctica en la confesión como reina de las pruebas y el que introduce el Código –la sana crítica-, pasa de forma notoria por el otorgamiento hoy a la prueba indiciaria del valor de auténtico medio probatorio, en pie de igualdad con todos los demás, y suficiente por sí solo para fundamentar una Sentencia condenatoria lo que significa desde el punto de vista constitucional que puede perfectamente enervar la presunción de inocencia.

Esta afirmación ha de tomarse con muchas reservas y no asumirse literalmente pero destaca la importancia de la prueba indiciaria en el proceso penal, consustancial a la propia forma (sin publicidad) en que la delincuencia se desarrolla, pues el respeto a los derechos humanos y a la verdad interina en que consiste la presunción de inocencia, no puede despremiar, algo tan fácilmente

constatable como la búsqueda de propósito de la impunidad por cualquier delincuente, siendo inimaginable lo contrario.

El sistema de la prueba tasada se caracterizó por el establecimiento por parte del legislador de un conjunto de reglas vinculantes para el Juez mediante las cuáles se limitaban los medios de prueba útiles para formar la convicción, esto es, se estableció un "numerus clausus" de tales medios, sancionándose, además, de manera previa, el valor que había de atribuirse a cada instrumento probatorio, así como las condiciones y requisitos necesarios para que el mismo alcanzase un determinado valor absoluto o parcial .

El modelo de la prueba libre, expresado como libertad de medios de prueba y convencimiento, ha de entenderse en la actualidad de forma diferente, tal y como nos enseña Asencio Mellado a quien seguiremos en este apartado.

La sentencia únicamente puede fundarse en un auténtico medio de prueba, practicado de acuerdo con las garantías y principios procesales oportunos y siempre con el máximo respeto a los derechos que, la Constitución y los Tratados internacionales suscritos por la República de Honduras, enuncian como fundamentales.

El aspecto subjetivo o valorativo se sujeta a las normas de la sana crítica, es decir, a la razón, la lógica y las máximas de la experiencia que no son legales a diferencia de las normas del sistema de la prueba tasada, pero que de no respetarse serán susceptibles de valoración y revisión en vía de recursos ordinarios.

Desde esta perspectiva hay que examinar la prueba indiciaria, es un medio probatorio lícito y susceptible de servir de base a una sentencia condenatoria, pero ello siempre que objetivamente contenga todos sus elementos y requisitos, y subjetivamente autorice la apreciación que se afirma. No se trata, pues, de un medio de prueba de valoración omnímoda ni de la legalización de la sospecha o la intuición. Como cualquier otro medio de prueba está sujeto a las reglas que suponen las garantías constitucionales respecto a la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo como único criterio legal de interpretación de cualquier duda razonable.

Así considerada, no cabe duda de su virtualidad para erigirse en una más en el proceso penal, y no puede prescindirse de ella en este ámbito de la investigación delictiva, de manera que lo contrario podría

significar la impunidad de la comisión de ciertos hechos y así una grave indefensión social. Quien comete un delito busca de propósito el secreto de su actuación por lo que, evidentemente, es frecuente la ausencia de pruebas directas y como el citado autor advierte, una imposibilidad legal de aplicar la prueba de indicios, llevaría en la práctica ante la tensión social que se podría provocar, a desenterrar la confesión como prueba definitiva y a todo el sistema de torturas y coacciones en que la misma se basó históricamente.

Para concretar lo que debe entenderse por "indicio" en el tema que nos ocupa, conviene en primer término acudir a la definición gramatical de la expresión, y así, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el indicio como: "acción o señal que da a conocer lo oculto", y ya desde el punto de vista jurídico, eso que llamamos presunción y que hacemos coincidir con lo que lingüísticamente definimos como indicio, lo describe el profesor Serra en los términos siguientes: "aquella actividad intelectual del Juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual se afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones".

Una vez reseñada una definición técnico-jurídica, hemos de abordar los requisitos de la prueba indiciaria, para lo cual seguiremos como pauta las directrices de los Tribunales Constitucional y Supremo de España.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 174/85, de 17 de diciembre, ya advirtió que no es posible que puedan construirse certezas partiendo de simples probabilidades. Ello significa que el indicio -hecho base de la presunción-, ha de estar plenamente probado, de manera que de existir duda alguna al respecto de su realidad, ha de quedar vedada la posibilidad misma de la presunción, conclusión que es lógico corolario del principio *in dubio pro reo*.

A su vez, el hecho mismo de la actividad probatoria del indicio queda sujeto a la verificación de otra serie de condiciones que no son otras que las comunes a cualquier otro medio de prueba o, lo que es lo mismo, la prueba del indicio lo ha de ser de acuerdo con los principios y garantías de aplicación a la prueba en el proceso penal. En este sentido, dicha actividad está sujeta tanto al derecho a la presunción de inocencia, cuanto a la vigencia del principio "*in dubio pro reo*", como, por último, a la interdicción de la denominada prueba prohibida.

El principio in dubio pro reo , se manifestará en que , en cada uno de los indicios y una vez practicada objetivamente su prueba se ha de analizar si la certeza sobre su acaecimiento real es absoluta o si, a pesar de la actividad probatoria desarrollada, subsisten dudas acerca de la existencia del indicio.

Si no es posible extraer certezas de simples probabilidades, no ha de poder ser utilizado un indicio respecto del que el órgano judicial no haya alcanzado el convencimiento.

Igualmente , no podrá ser tenido en consideración ningún indicio cuya prueba tenga su origen en una prueba prohibida, y lo mas delicado al respecto , es la imposibilidad de valorar como indicio lo que no es técnicamente un hecho mediato, sino un hecho-expresión del ejercicio de un derecho fundamental, debiendo ser especialmente exquisitos , cuando se trata del ejercicio de un derecho constitucional , como el derecho a no declarar contra uno mismo , derecho que se vería vacío de contenido , si el silencio fruto del ejercicio del mismo pudiera servir de base como indicio en contra de quien decide acogerse al indicado derecho.

Elemento imprescindible de la llamada prueba de indicios, es la pluralidad de los mismos, pues si lo que se pretende en la prueba indiciaria es extraer del indicio un determinado dato por vía de aplicar sobre el mismo ciertas reglas de la lógica o máximas de la experiencia, parece necesaria la concurrencia en el caso de una multiplicidad de los indicios en tanto que su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación efecto-causa. Aunque un sólo indicio, en un plano teórico sea suficiente para proporcionar tal seguridad, lo normal es que ello no sea así por la imposibilidad de contrastar el resultado hallado con otras hipótesis probables salvo, claro está, en los supuestos de aplicación de máximas de la experiencia o científicas que puedan ser calificadas como seguras, hecho éste bastante infrecuente

En principio, ha de desconfiarse de un sólo indicio y exigirse una pluralidad de éstos siempre que confluyan o concuerden en un mismo punto común, aunque como afirma Asencio, se trata, no tanto de exigir multiplicidad de indicios -aunque ello sea lo normal y deseable-, cuanto de concluir sin duda alguna un hecho consecuencia a partir de uno o varios hechos mediatos y en función de la intensidad misma del indicio, su naturaleza y las propias máximas de la experiencia.

Por último si la prueba indiciaria es una presunción, y ello se caracteriza por la conclusión de un hecho a partir de otro mediato, es obvio que la conclusión deductiva ha de obtenerse mediante un razonamiento lógico, e igualmente también parece obvio que el derecho a la tutela efectiva imponga la obligación de que se deje constancia de dicho razonamiento lógico en la sentencia, aunque la práctica demuestra que ello no se lleva a cabo con la deseable motivación.

La prueba indiciaria, requiere de un proceso deductivo que aúne el indicio al hecho que se necesita probar, pero de tal modo que siempre la relación entre el indicio y el resultado sea directa, esto es, que el enlace entre ambos elementos de la presunción sea preciso y directo, y que la conclusión así obtenida sea fruto de una deducción, no mera suposición o, lo que es lo mismo, que la inferencia sea correcta y no arbitraria y el mencionado enlace racional, coherente y sujeto a las reglas de la lógica y la experiencia. Esta serie de requisitos son, como indica Asencio Mellado, los que vienen a diferenciar la prueba indiciaria de las simples conjeturas o meras sospechas, lo que la cualifican como prueba susceptible de fundar una sentencia condenatoria, de tal manera que como afirma el Tribunal Constitucional si el proceso deductivo es irracional o no cumple las prescripciones arriba expuestas la prueba indiciaria no puede ser calificada como de auténtica prueba.

Tema polémico en la doctrina es el relativo a los contraindicios o coartadas como elemento base de la culpabilidad, inclinándose el autor al que venimos citando en contra de su utilización por entender que supone una doble presunción. Sin embargo, la jurisprudencia española acepta tradicionalmente la utilización del contraindicio o coartada como elemento de valoración

Especial referencia a la motivación como obligación del Tribunal de Sentencia

Si como venimos advirtiendo, el tribunal debe valorar unas pruebas obtenidas con plena salvaguarda de la presunción de inocencia y además, no puede llegar a un fallo condenatorio si duda razonablemente de la culpabilidad del encartado, la motivación de la sentencia, de la que se cuida con celo el legislador cobra especial importancia, debiendo ser abordada en este momento por su especial

relevancia respecto a los derechos y principios que venimos estudiando.

El objetivo de este apartado no es otro que el de tratar de determinar en qué consiste la motivación de las resoluciones judiciales en forma de Sentencia penal.

Para ello, trataremos en primer término de establecer, el porqué de la motivación de todas las resoluciones judiciales, en relación con el derecho a la tutela efectiva de la Constitución, analizando en qué artículos de la legislación común se recoge la obligación de dicha actividad, y hacer una exégesis, de cómo, en primer término fue la doctrina la que estableció dicha obligación, para, a continuación parangonando el ejemplo español entrar en el análisis de lo que denominamos construcción constitucional de la motivación de la Sentencia Penal, pues sin duda, ha sido el Tribunal Constitucional español quien ha delimitado la definición, concepto y alcance de lo que constituye la motivación de las Sentencias penales en la actualidad.

En reiteradas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha manifestado, que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española solamente se satisface a través de la obtención del órgano jurisdiccional competente de una resolución fundada en Derecho. En esta última condición, va implícita la motivación de dicha resolución, y con ello, no se hace sino dar cumplimiento al mandato constitucional del art. 120 de la Constitución Española, en el que viene determinada la obligación de motivar las resoluciones judiciales, por lo que debemos concluir, que no sólo en las Sentencias, sino en todas las resoluciones que trascienden de la forma de Providencia en la que se acuerde una mera ordenación procesal de puro trámite, en cuanto que impliquen cualquier juicio de valor, sea de hecho o de Derecho, la motivación es preceptiva, no pudiendo quedar al arbitrio del Juez o Tribunal que la dicte, sino que ha de trascender su razón de ser al exterior, y fundamentalmente al destinatario de la resolución.

Los artículos 337 y siguientes del Código Procesal de Honduras nos indican cual debe ser la forma de la Sentencia. El hecho de que los arts.202 y 338 faculden al Tribunal, a que apreciando según las reglas de la sana crítica las pruebas, adopte, una vez atendidas las razones expuestas por acusación y defensa, la resolución que en Derecho proceda, no coincide con valoración arbitraria, sino con

arreglo a unas máximas y a unos criterios, no tasados previamente por la Ley pero sí conforme a criterios razonables y racionales, que deben ser manifestados en la resolución final. Esta obligación, no siempre ha tenido el mismo alcance, ni se ha exigido con el mismo rigor, y así, examinando a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo español, (Sala 2.^a), de 10 febrero 1978, llega a señalar que el Tribunal no tiene porqué indicar como llegó a las conclusiones fácticas, en aquel entonces, se podía sostener que conforme al art. 142 de la L.E.Crim., el Tribunal de lo penal estaba obligado a declarar únicamente, con la mayor exactitud posible cuáles eran los hechos probados, pero, no estaba obligado a declarar las razones por las que llegaba a dicha conclusión de hecho, pudiendo ocultar la forma en que llegaba a dicha convicción. Hemos considerado conveniente transcribir el anterior párrafo para alentar a los operadores jurídicos del país, pues en el caso español que venimos utilizando como ejemplo, la fecha de la citada resolución demuestra bien a las claras como, no siempre se ha cumplido con pulcritud con una obligación semejante, y en los juzgados y tribunales de Honduras, no nos engañemos, se sigue poniendo especial énfasis en los antecedentes del hecho, siendo verdaderamente exíguos los razonamientos relativos a la valoración de las pruebas practicadas. Sin embargo, la doctrina española, siempre manifestó una abierta preocupación, por la práctica habitual, otrora, de que los Tribunales dedicaran amplias páginas a disquisiciones jurídicas, sobre la forma de encuadrar los hechos en un determinado tipo penal, siendo por el contrario parcos en determinar la forma en que llegaban a declarar unos hechos como probados. Como escribe Sierra Domínguez, fallar con arreglo a conciencia, no significa consagrar el subjetivismo del Juez sin explicitar las razones por las que se ha valorado así, o como afirma Gómez Orbaneja, prueba libre, no tiene porqué significar silenciar los motivos que conducen al convencimiento de que los hechos son así. Algún autor, llegó a proponer una modificación del art. 142 de la L.E.Crim., que obligase a los Magistrados a fundamentar su declaración de hechos probados, para así demostrar, que ésta es el resultado de las pruebas de un juicio y que permiten desvirtuar la presunción legal de inocencia.

La doctrina española, igualmente lamentó, que en la redacción de la Ley 6/1985 de 1 de julio (L.O.P.J.), no se aprovechara la ocasión para fijar dicha obligación, y para ello basta leer el art. 248-3í, y todo ello, pese a que dicha Ley desciende a cuestiones procesales de detalle.

Como conclusión al apartado que nos ocupa, resta por determinar cual es el alcance de la obligación impuesta por el art. 120-3º de la Constitución Española o del art. 338 del Código Procesal de Honduras. Partiendo de la base de que la motivación fáctica es ineludible, resulta obvio, que la Sentencia penal no sólo habrá de contener una expresión clara y terminante sobre los hechos y los fundamentos de derecho, sino que habrá de especificar los elementos probatorios que han llevado al Juzgador a concluir su fallo. Ahora bien, teniendo en cuenta la carga de trabajo que suele pesar sobre los órganos jurisdiccionales, es preciso tratar de buscar un punto de equilibrio entre el derecho a obtener una resolución motivada y el derecho a un proceso sin dilaciones, por lo que se puede afirmar, que en la práctica, el alcance de la motivación vendrá influenciado por la gravedad de los hechos y la complejidad de las pruebas practicadas.

El propio Tribunal Constitucional español, en su Sentencia 150/1988, de 15 de julio, nos indica que: "... Esta exigencia no comporta, sin embargo, que el Juez o Tribunal deba efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado; basta, por el contrario, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control ...".

En igual sentido se manifiesta en la Sentencia del Tribunal Constitucional 264/1988, pero es sin duda en la Sentencia 184/1988, de 13 de octubre, donde con más flexibilidad se define el alcance de la obligación de motivar, al afirmarse: "... Pero tal necesidad de motivación no excluye la posible economía de los razonamientos, ni que éstos sean escuetos, sucintos o incluso expuestos de forma impresa o por referencia a los que ya constan en el proceso. Lo importante es que guarden relación y sean proporcionados y congruentes con el problema que se resuelve y que, a través de los mismos, puedan las partes conocer el motivo de la decisión a efectos de su posible impugnación y permitan a los órganos judiciales superiores ejercer la función revisora que les corresponde...".

Por consiguiente, viene a concluirse que la motivación no esta reñida con la economía procesal, siempre y cuando no se ofrezcan dudas sobre la forma en que se llega a la conclusión, sin que sea exigible en la mayoría de los casos al Juzgador, llevar a cabo una

extensa argumentación en relación a todas y cada una de las pruebas practicadas, sino que éstas dependerán de la complejidad de las pruebas y gravedad de los hechos, como se anticipó.

Por último, y aunque sea brevemente, es preciso realizar alguna reflexión respecto a los efectos derivados de la ausencia de motivación. En principio, dicho vicio formal, por su entidad, habrá de acarrear la nulidad de la Sentencia en sí, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de su dictado, obligando al Juez a quo, a una nueva redacción en la que explicita todos sus argumentos. No obstante, es preciso tener en cuenta, que dicha maniobra puede reportar un perjuicio mayor al ciudadano, y que habrá de ponerse en relación con el derecho a la tutela efectiva excluyente de dilaciones indebidas, y por consiguiente, se puede sugerir, que en aquellos supuestos en que a la luz del contenido del acta del juicio oral y pruebas anticipadas que se encuentren documentadas en autos, sea factible el dictado de una Sentencia por parte del Tribunal Superior, éste proceda a conocer el fondo del asunto, especialmente en aquellos supuestos en que su interpretación sea mas favorable al reo, que la llevada a cabo por el órgano inferior. En resumen de cuanto venimos afirmando, hemos de insistir en la obligación constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, y muy especialmente de las sentencias en las que la prueba indiciaria ha sido eje fundamental de la condena

Lección 2: El modelo dogmático positivo. El principio de legalidad como garantía básica. Estructura de la norma penal. Su vigencia. Su interpretación. El caso concreto de la irretroactividad de la ley penal.

El modelo dogmático positivista, siguiendo a Polaino Navarrete enuncia el Derecho penal como el conjunto de normas que describen determinados comportamientos humanos como delitos, conminándolos con una pena y establecen otras sanciones jurídicas, denominadas medidas de seguridad, fundamentadas en la peligrosidad criminal del sujeto en conexión con un precedente actuar típicamente antijurídico y orientado a la evitación de futuros delitos, siempre y cuando, añadiríamos, estas medidas no superen en gravosidad, el alcance de la pena. Abarca dicha definición los precedentes conceptuales, la pena y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas y la pluridimensionalidad conceptual, dando por sentado que hablamos de un derecho penal de hecho y no de un execrable derecho penal de autor propio de estados ajenos a un mínimo contenido democrático.

Función del derecho penal. teoría de la pena. .

La respuesta a la función del derecho penal puede ser multidireccional: una de orden sociológico, por ejemplo, que analizará los efectos correccionales, preventivos o motivacionales del Derecho penal, tal como puede desprenderse de la interacción de los hombres; otra, político criminal o de lege ferenda, que describe las necesidades sociales que debería cumplir tal o cual Derecho penal, sobre la base de los procesos históricos de corrección. Finalmente y sin ánimo de agotar el espectro de cosas sobre las que podría recaer el tema, el de orden normativo de lege lata, es decir, que función cumple el derecho penal, desde un plano dogmático.

La función del Derecho penal depende de la que se le asigne a la pena y a la medida de seguridad. Sobre esta última, es pacífica la opinión de función de prevención especial, como medio de protección social.

En relación a la función de la pena en Derecho penal, nos recuerda Jorge Juárez como ha habido y sigue habiendo numerosas opiniones, todas ellas con suficiente fundamento teórico. A

continuación se estudiaremos las más importantes, su contenido conceptual y autores que le han defendido.

Teorías absolutas. Esta es la postura más tradicional, que sostiene que a la pena debe asignársele la función de retribución exigida por la justicia, en virtud de la conducta reprochable del autor del delito. Esta tesis ha sido fundamentada por diferentes autores, todos ellos, con argumentaciones bien diferentes. Algunos de ellos se justifican sobre la base de fundamentos religiosos, otros de orden ético y jurídico.

La tesis retributiva con fundamentos judeo cristianos.

Desde la postura religiosa previa a la codificación se trataba de vincular el funcionamiento del Derecho penal, con el sufrimiento consecuencia inevitable del pecado. En este orden de ideas, el Papa Pio XII en el VI congreso internacional de Derecho Penal afirmó: “pero el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución” .

El pecado entendido como la ruptura deliberada del orden natural impuesto por Dios, es fácilmente identificable con el delito, que no es otra cosa más, que el quebranto de las leyes decididas por los hombres, producto, como antes hemos sostenido, de la racionalización de una moralidad básica y fundante. El castigo íntimamente vinculado al pecado, no persigue que los demás no pequen o protegerlos contra el pecado, simplemente porque la salvación (es decir, la comunión teológica con Dios) es personalísima. Así pues, quien peca o dicho en términos más generales, quien infringe la ley natural, causa un daño, y lo justo es castigarle. En palabras de el Apóstol Pablo “porque la paga del pecado es la muerte” y como prescribió SAN AGUSTÍN “ *Noli foras ire, in te ipsum redi, in interiori homine habitat veritas et si tuam naturam mutabilem inveneris trascende et te ipsum” .*

La tesis retributiva desde la perspectiva ético kantiana.

KANT entendió que el Derecho, a pesar de tener un contenido moral, debe ser diferenciado de planteamientos eminentemente religiosos. La moral circunscripta en el ámbito del derecho, es bien diferente, por su carácter racional y humano. Los hombres viven para adquirir valor, y ello es posible sólo a través del cumplimiento irrestricto del imperativo categórico. Esta entelequia kantiana puede ser entendida como toda pauta de conducta humana, que

generalizada permite la coexistencia armónica y natural de los hombres. El hombre es un fin en sí mismo, por tanto es prohibido instrumentalizarlo. Si este hombre rompe con el esquema conductual y moral ordenado por la razón, debe ser castigado, para afirmar con ese sufrimiento el valor justicia. Se debe castigar al infractor no en función de él o de la comunidad, sino en función de la verdad, es decir, del imperativo categórico. La pena al infractor de la norma debe ser impuesta, aunque no sea necesaria.

Dicho autor llegó a extremos insostenibles al relatar la alegoría de la isla, paradigmático ejemplo de su postura: “suponed una isla, en donde todos sus habitantes han decidido disolverse, ¿que deberá pasar con cada condenado?, simple, debe ser ejecutado hasta el último de ellos, para que los otros vean, el valor de sus actos”

Asumimos como correcta la crítica de MIR PUIG, al decir que tampoco KANT pudo ser radical en lo que pretendió ser una teoría absoluta de la función de la pena, esto al decir, en relación al ejemplo antes descrito, que hasta el último de los convictos debía ser ejecutado, para que los otros vieran el (des)valor de sus actos. Pareciera que KANT cerró finalmente su argumentación aparentemente absoluta, con algún matiz preventivo general negativo, muy bien desarrollado más tarde por FEUERBACH.

El planteamiento hegeliano. HEGEL, pretendió justificar también una tesis retribucionista de la pena, pero desde una visión más jurídica de carácter dialéctico.

En puridad, el delito tal como expuso HEGEL, no es otra cosa más que la voluntad especial del infractor, que pretende imponerse sobre la voluntad general que es la ley. La pena entonces surge como un mecanismo eficaz de estabilización del orden normativo, por cuanto negada la voluntad especial, se afirma implacablemente la ley. Negar la negación de la ley, es afirmar que la ley prevalece y que el delito es finalmente vencido. La ley o el orden jurídico, es la tesis; el delito, su antítesis y finalmente la pena (negación de la antítesis), la síntesis.

Muy posteriormente a HEGEL, la escuela de Kiel, entre sus voces, MEZGER, había peligrosamente justificado un Derecho penal ilimitado sobre la base de la afirmación de la ley y el sistema, a costa del castigo del infractor o desafiante del Reich. JAKOBS en la actualidad retoma estas ideas, en su planteamiento funcional

sistémico de prevención general positiva y Derecho penal del Enemigo.

También vigente en la discusión actual del tema, y autodenominado como retribucionista, aparece MAURACH, quién en su Tratado afirma que la prevención y sus justificaciones no pueden ser válidas, por la sencilla razón que la retribución implica desde ya, un despliegue de efectos psicológicos sociales de importante contención, ante la comunidad que se trate. Estas ideas, unidas a otras que el mismo autor ha sostenido, la necesidad de la pena por ejemplo, obligan vincularlo indefectiblemente, con los planteamientos preventivos que a continuación desarrollaré.

Las teorías de la prevención.

En contraste con las teorías absolutas que explican a la pena y en consecuencia al Derecho Penal, desde una perspectiva bastante etérea, como es la realización al valor justicia; las teorías relativas o de la prevención, desde un planteo más pragmático, lo pretenden desde una perspectiva utilitaria. Estas teorías, también conocidas como relativas, explican al Derecho penal desde ópticas intimidatorias y de afirmación de valores jurídicos prevalentes en sociedad, como de coacción psicológica y resocializadoras, destinadas a justificar el problema individual de aquel sometido al sistema de enjuiciamiento criminal. Las primeras denominadas de la prevención general negativa y positiva, las segundas, de la prevención general negativa y positiva respectivamente. Veamos a continuación cada caso y sus argumentaciones teóricas.

La prevención general negativa.

Varios autores como FEURBACH y BENTHAM, han considerado que el Derecho penal no es útil sino para intimidar a los que no delinquieron, sin embargo, también ubicados en el sistema jurídico de valores concurrentes al desafiante primero de la norma.

En el Ánciem Régime, la coacción psicológica que debe encerrar el Derecho penal, según esta línea de pensamiento, se confiaba a la brutalidad de la pena. Luego del alcance de sistemas más civilizados, como el Liberal de Derecho, la intimidación dependía de la conminación legal. Es decir, en otras palabras, que la conminación intimidatoria, surte sus efectos coactivos, desde el instante abstracto de su juridificación penal. El Derecho penal se interpreta entonces

como amenaza coercitiva. Cuando llega a materializarse en sufrimiento concreto, alcanza un grado más lúcido de certeza condicionante negativa sin pretender con ello, restar mérito a la propia prescripción legal de conductas prohibidas y sus consecuencias jurídicas.

La prevención general positiva.

Sostenida ahora, entre otros por JAKOBS (antes quizá, con menor rigurosidad por HEGEL), pretende justificar al Derecho penal, como mecanismo de estabilización o integración del sistema. El desafío al valor y continuidad de la norma, debe ser negado a través del sufrimiento sistematizado por el orden jurídico penal. De esa manera, la crisis creada o generada por el delito, se neutraliza a través de la pena. El sistema pretenderá siempre su funcionalidad, por medio de mecanismos de control o corrección social (tal como plantearon en su momento LUHMANN y PARSONS) contenidos siempre en el sistema penal. Cuando determinado sujeto, sometido al imperio de la ley, delinque, comunica al conglomerado un mensaje sencillamente insoportable: la norma puede ser aplastada por una voluntad contradictoria a la de orden general, vinculada al contrato social. Este conjunto concatenado de símbolos y semiológicas, resulta altamente peligroso al establishment. Interrumpe el sostenimiento de aquellas expectativas derivadas de valores advertidos como fundamentales. El sistema debe retornar a su punto de equilibrio y esto no es posible, sino a través del desafío a la negación de la voluntad general, descrita por el orden jurídico. Si el infractor transgredió el alcance axiomático de la norma, debe ser sencillamente castigado por ello. No para que su sufrimiento sirva de ejemplo a los demás, sino para que estos, descubran el error del enemigo, y la seguridad, persistencia y funcionalidad del sistema. La prevención general positiva ha servido de antecedente o fundamentación teórica, a sistemas bastante radicales, como el desarrollado por el III reich y en opinión de Juarez, aun actualmente por la teoría del espacio en juego, según la cual la culpabilidad obliga a imponer la pena dentro de un margen que oscila entre un máximo y un mínimo, pero la fijación de la medida exacta de la pena dentro de dicho espacio de juego debe hacerse con arreglo a las exigencias de prevención especial, salvo cuando especialmente lo impida la prevención general, parágrafo 46 StGB de 1975.

Para la Alemania Nazi, el sistema nacional socialista era más importante que el hombre y su dignidad. Por tanto era permisible,

sacrificarle en función del sistema. Si la norma se hubiere visto agredida por una voluntad particular, peligraba el sistema en su conjunto, y por tanto era necesario el sufrimiento penal, para afirmar la ley y el orden de las cosas.

JAKOBS a partir de esta argumentación conceptual, ha perseguido el retorno de algunas ideas, muy criticables a la luz del respeto irrestricto de la dignidad humana y los Derechos Fundamentales. JAKOBS y sirviéndose de las doctrinas contractualistas radicales de ROUSSEAU, FICHTE, HOBBS Y KANT, pretende replantear el Derecho Penal del Enemigo. Para ello Insinúa que el infractor de la norma o rector de una organización no permitida, de carácter permanente y contrafáctica, debe ser tratado no como una persona protegida por el sistema jurídico de garantías, si no como un enemigo.

El planteamiento de KAUFMANN, no tan radical como el de JAKOBS, también acepta la importancia de la afirmación del Derecho, través de la prevención general positiva. Para este autor, la pena persigue una triple función social: 1. una función de información del contenido prohibido o injusto de determinadas conductas, 2. la confianza en la capacidad del sistema de permanecer e imponerse en los fenómenos de interacción humana, y 3. una función de actitud de confianza por el Derecho.

Teorías de la prevención especial.

Si la prevención general esta dirigida erga omnes, la prevención especial lo esta en función del infractor, a efecto que este vea el desvalor de su conducta a través del sufrimiento de su pena e inhiba a través de esa percepción, cualquier otro ataque futuro, doloso o negligente, a intereses jurídicos protegidos. Esta es prevención especial negativa, en otras palabras, coacción psicológica individualizada. Sin embargo, esta clase de prevención especial no empece la resocialización o reeducación del convicto al estamento social que pertenece. Así, lo ha querido el constituyente al definir político criminalmente, lo que por encierro debemos entender, para lo que basta leer el Artículo 87 CR , conforme al cual las cárceles son establecimientos de seguridad y de defensa social (prevención especial negativa), pero se procurara en ellas la rehabilitación del recluso y su preparación para el trabajo (prevención especial positiva).

Tres planteamientos teóricos han sido los más importantes, después del siglo XIX, en relación a la prevención especial. Estos son los sostenidos en España por el correccionalismo de DORADO MONTERO, en Italia por el positivismo de FERRI y GAROFALO y, finalmente, el eclecticismo alemán de Von LISZT.

DORADO MONTERO pretendió un Derecho penal concebido como protector de los criminales. Esto significaba que el juzgamiento de un crimen, atribuible a determinado sujeto, permitía el desarrollo sistematizado de mecanismos de reeducación y protección, dirigidos indefectiblemente al convicto, a través del contenido práctico de la pena y su despliegue penitenciario. La pena entonces no era concebida como un mal, sino como corrección y resocialización, siendo difícil imaginar, mejor posibilidad de anticipación a los fines que contemplan las constituciones modernas, aunque tampoco se nos escapa las críticas que recientemente sufre la resocialización como fin primordial y casi excluyente.

El positivismo italiano fue mucho más radical, al sustituir la pena por la medida de seguridad, esta última tanto de orden predelictual como postdelictual. Un concepto bastante ambiguo de peligrosidad permitía expulsar la pena del Derecho Penal, por su carácter evidentemente retributivo y de actuación ex post. ¿Por qué actuar hasta que el crimen haya acontecido, cuando a través de criterios peligrosistas, podremos adelantarnos a la conducta predeterminada de los hombres? ¿si cada quien responde a estímulos externos, de manera inequívoca y generalizada, porqué entonces no castigamos al uomo delincente antes que su predecible conducta llegue a afectarnos? Estos cuestionamientos, propios del concepto determinista de FERRI, acogido por alguna legislación penal italiana después de su muerte, negaron el libre albedrío y afirmaron así, los sistemas monistas de prevención especial.

En efecto podemos hacer diferentes críticas al apotegma iusfilosófico del libre albedrío, fundamento intelectual del moderno principio de culpabilidad, no obstante ello no empece argumentar una invectiva más severa a la idea determinista, que aplasta el principio de responsabilidad por el acto. La dogmática penal moderna depende de esta entelequia para subsistir, no obstante, a pesar de cualquier reproche, otras ideas son aun más cuestionadas por su carácter arbitrariamente inhumano, aunque con Mir Puig convenimos en que la prevención especial, no pude prevalecer, cuando sea absolutamente incompatible con las necesidades generales de prevención.

En Alemania LISZT, definió en su famoso programa de MARBURGO, titulado originalmente como “La idea de fin el Derecho penal” las siguientes ideas político criminales de prevención especial, a partir de las ideas etiológicas clásicas del momento:

1. la pena correcta es la justa, es decir, la estrictamente necesaria, con arreglo a prevención especial.

2. la finalidad de la prevención se cumple de acuerdo a cada clase de delincuente, así determinado por las conclusiones etiológicas y caracterológicas de la criminología clásica:

1. frente al delincuente ocasional la pena significa un recordatorio de fidelidad al sistema.

2. frente al delincuente ocasional pero corregible, la pena es corrección.

3. el delincuente habitual incorregible, la pena debe ser inocuización y defensa social.

Teorías eclécticas: hacia una simbiosis sistémica de retribución y prevención, como fundamento de la pena en derecho penal.

Ha sido MERKEL en Alemania, quien concibió primeramente, que la retribución, la prevención general y especial, no son mas que distintos episodios del complejo fenómeno de la pena, desde principios del siglo XX aparecieron dos posturas eclécticas, donde cada prescribió cierto énfasis, sea en la retribución o la prevención y defensa social.

1. Una teoría conservadora, la adoptada por el proyecto ministerial Alemán de 1962, que pretendió explicar la pena como mecanismo de retribución, complementariamente preventivo-. “el Proyecto ve el sentido de la pena no sólo en la retribución de la culpabilidad del autor, sino también en la afirmación del orden jurídico”.

2. Una teoría progresista que afirmó como finalidad última de la pena, la defensa social, entendida como protección de bienes jurídicos, cuyo limite estaría trazado por la retribución justa, impidiendo de tal manera penas que excedieren los principios de necesidad y culpabilidad. El Proyecto Alternativo declara expresamente “ que la pena sirve para los fines de protección de los bienes jurídicos y la

reincorporación de los sujetos a la sociedad. Al Derecho corresponde la función de afirmar el pacífico orden del Derecho, necesario al hombre, destacándose que la pena no es ningún proceso metafísico sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos.”

SCHMIDHÄUSER y ROXIN explican la yuxtaposición de planteamientos retributivos y preventivos, a través de separaciones crono- funcionales de la pena.

De esa manera SCHMIDHÄUSER crea la famosa tesis de la diferenciación: dentro del orden de funciones de la pena, debe distinguirse su finalidad y su sentido. La finalidad o función propia de la pena no es otra más que la prevención general de delitos, pero ello advertido de una manera realista, lo que significa no eliminar por completo el fenómeno criminal, sino hacer posible la convivencia social. Por otro lado el sentido de la pena es el de permitir la convivencia entre los hombres. De esta manera SCHMIDHÄUSER rechaza el planteo Kantiano que prohibía instrumentalizar al ciudadano convicto, procurando por el contrario con su tesis de la Diferenciación, que la pena dirigida a hombres concretos hace posible la paz y la seguridad de los demás.

Para cada sujeto participe del sistema de justicia penal, continua diciendo SCHMIDHÄUSER, la pena tiene un alcance conceptual bien distinto: para el legislador la pena debe significar intimidación colectiva, sobre la base de una justa retribución en abstracto; los prosecutors del crimen, buscan la afirmación material de la amenaza penal, sobre la fundamentación jurídica de igualdad ante la ley; para los jueces la pena debe significar realización de justicia y rehabilitación del infractor; para los funcionarios penitenciarios, la justificación del encierro no debe ser otra que su aprovechamiento productivo y educacional; finalmente, para la sociedad, la pena enmarca un mecanismo de reconciliación, que permite la aceptación del penado en su seno.

La teoría dialéctica de la unión de ROXIN explica la funcionalidad de la pena, según los tres momentos de su construcción jurídica, material y ejecutiva.

Durante su conminación legal, la pena no puede significar otra cosa más que intimidación colectiva, en otras palabras, prevención general negativa. La redacción de conductas prohibidas amenazadas con un sufrimiento real, no puede dirigirse sino a la concentración de

hombres motivables o determinables por esa prescripción normativa, por la simple razón que aun nadie ha sido juzgado con esa prescripción. Por tanto, la conminación legal ve hacia el futuro. Esta conminación pretende la protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles, únicos aspectos de la vida humana, que pueden fundamentar el encierro y los otros sufrimientos comprendidos en el ius puniendi.

La aplicación de la pena permite afirmar la seriedad de la amenaza contenida en la prescripción conminativa. La sociedad percibe que el Derecho es afirmado y que el sistema funciona. Por otro lado, y aun más importante para ROXIN, es la realización del valor justicia por el decisor jurisdiccional, quien no debe excederse por motivos de prevención general, más allá de la culpabilidad y la necesidad de la pena. De esta manera ROXIN apoya el planteamiento de KANT, complementándolo sin contradecirlo tan agresivamente. Para ROXIN es posible superponer la necesidad sobre la retribución: “muy a pesar que la pena en el caso concreto fuere justa, de no ser necesaria, deben los jueces omitirla”.

Por último, durante la ejecución de la pena, su sentido será la resocialización, con entero respeto a la dignidad y autodeterminación del penado.

Los límites del ius puniendi en el estado social y democrático de derecho. principios y derivaciones epistemológicas.

Hemos dicho ya que por Derecho Penal Objetivo entendemos el conjunto de normas jurídicas que disponen delitos y estados peligrosos, como antecedentes necesarios de penas y medidas de seguridad. A ello debemos vincular aquellos principios y valoraciones político criminales, que le fundamentan y organizan.

La regulación de estas normas están justificadas por la potestad punitiva del Estado contra sus administrados (también llamado Derecho penal subjetivo). Según ROUSSEAU los hombres han identificado que un estado de la naturaleza, donde no existe caos por no existir reglas, es sencillamente inaceptable. De esa manera es como surge un pacto o contrato social, donde cada uno cede parte de su autonomía, para hacer posible una superestructura ideológica, cuyo fin no será otro más que el bien común, la seguridad y la paz. Los axiomas e imperativos son consensuados, a partir de la dignidad y la libertad humana. No obstante de la racionalización de esta norma

básica fundante, es impostergable, determinar los mecanismos jurídicos de defensa de los intereses vitales que en su momentos razonaron el pactum. Esta defensa es la denominada potestad punitiva del Estado, cuya función es asegurar la vigencia de los valores juridificados en la norma fundamental. No obstante, esta potestad de castigo debe estar limitada, por el compendio de valores contenidos en la norma básica fundante y los que se desprendan concurrentemente, a la organización del Estado que se trate. El Derecho penal entonces debe estar claramente restringido, de lo contrario pierde legitimidad y validez. Estos principios serán desarrollados a partir del moderno concepto, introducido a la dogmática penal por MIR PUIG, de Estado Social y Democrático de Derecho.

El estado social y democrático de derecho: características fundamentales.

Estado de Derecho significa sometimiento de la administración a ley, entendida esta como manifestación de la voluntad soberana. En este orden de ideas, entendemos entonces como fundamental límite a la potestad punitiva en un Estado de Derecho, la misma legalidad. La idea de Estado Social, implica legitimar la potestad de castigo, siempre que sea necesaria en función de la protección de bienes jurídicos penales. Por último, el límite que se desprende del carácter democrático de los Estados cultos, prescribe que el ius puniendi debe girar entorno de la dignidad humana, de la cual se desprenden las exigencias de culpabilidad, humanidad de la pena, resocialización y participación del ciudadano.

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS GARANTIAS.

El principio de legalidad se expresa formalmente, a través del aforismo latino introducido al razonamiento penal por FEUERBACH, nullum crimen nulla poena sine lege, cuyo significado y alcance fue recogido con mayor claridad desde la Revolución Francesa, en el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 y de la Constitución Francesa de 1791. Tal como lo entendemos hoy en día, y así como se ha sostenido a lo largo de este estudio, los fundamentos del ius puniendi y del sometimiento de éste a la legalidad, parte de principios contractualistas, que encierran con mayor rigor técnico a la teoría ilustrada del contrato social. Este planteamiento describe la división de poderes, el principio de competencia reglada y la

afirmación del poder ciudadano como fuente inequívoca de la soberanía o poder. Con el fundamento de esta base ius filosófica, del gran principio de legalidad se desprenden indefectiblemente las siguientes garantías:

1.1 Garantía criminal: *nullum crimen sine lege*. Esta implica que la ley penal, desarrollada por el órgano legislativo o cámara de representantes correspondiente, debe prescribir con certeza previa la naturaleza, el alcance y la dimensión jurídica de la prohibición típica, que permitirá eventualmente el castigo penal.

1.2 Garantía penal: *nulla poena sine lege*. De igual forma, el órgano legisferante que demarcó el ámbito de acción de la conducta prohibida, debe inexorablemente vincular éste desvalor, con la sanción correspondiente, siempre con las mismas características de antelación y certidumbre legal.

1.3 Garantía procesal penal: *nulum crime sine legale iudicio*. Tampoco habrá legitimidad al castigo si éste no es resultado de un enjuiciamiento criminal anterior, con apego a las estrictas normas procesales del debido proceso constitucional.

1.4 Garantía de ejecución: *nullum crimen sine legale poena executio*. La ejecución del castigo debe circunscribirse a un marco legal, que oriente y justifique el encierro hacia los valores prevalentes de la prevención y retribución justa y necesaria.

La norma jurídica penal debe desenvolverse sobre los fundamentos metodológico legislativos de una triple exigencia axiomática: la *lex* debe ser *praevia*, *stricta* y *scripta*.

Que la ley sea *praevia* significa que la mala prohibita, debe ser tal con antelación, a efecto de determinar conductas y justificar castigos y desencadenar así sus efectos motivadores *erga omnes*. Este principio permite la aserción de nuestra seguridad jurídica (saber a que atenernos en relación a nuestras eventuales responsabilidades legales, éstas que puedan surgir de nuestro comportamiento social interactivo) y nuestra seguridad política (conocer el marco de actuación y límites del poder penal, actores e instituciones). Esta exigencia - principio prohíbe la retroactividad de la ley penal in *malam* parte, es decir, cuando afecte la condición jurídica del procesado o convicto. En virtud del principio *pro homine*, su antípoda no sólo no es vedada, sino exigible. El artículo 95 de la Constitución proclama el

principio con rotundidad y en congruencia el art 1 del C. Penal preceptúa que nadie será penado por infracciones que no estén determinadas en una ley anterior a la perpetración de un delito., añadiendo el siguiente precepto que no se impondrán otras penas ni medidas de seguridad que las establecidas previamente por la ley.

La prohibición de la retroactividad in malam parte, persigue la seguridad jurídica y política arriba explicada. Si una conducta al momento de su ejecución no es prohibida en términos jurídicos penales, ello es por su ausencia de riesgo en la protección de intereses vitales juridificados, y por tanto no es permitido cualquier castigo posterior.

Por el contrario, sí es permitida en un Estado de Derecho la retroactividad in bonam parte. Si una conducta humana fue relevante jurídico penalmente y ya no lo es, ¿qué sentido tiene su castigo o prosecución actual en términos de necesidad y prevención general o especial? No tiene ninguna justificación válida o racional, castigar lo que ya no representa un desafío al sistema de valores sociales, a pesar que en su momento lo fue y así, el artículo 96 CR, declara como la ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando la nueva ley favorezca al delincuente o procesado.

La exigencia de *lex scripta* se opone a la costumbre (*inveterata consuetudo et opinio iuris seu necessitatis*) como fuente de delitos y sus consecuencias jurídicas. En el mismo orden de ideas, la descripción de la mala prohibita debe ser consecuencia de la actividad de una cámara parlamentaria, con suficiente competencia de representación soberana. En el caso de Honduras, el Congreso Nacional. Como antes hemos advertido, la injerencia de otros Poderes Públicos en la prescripción de conductas penalmente relevantes (como en sucede en el fenómeno de la ley penal en blanco) y sus consecuencias sancionatorias (leyes penales en blanco al revés) en sencillamente insoportable, la exclusividad del Congreso en materia legislativa se proclama tajantemente por el art 205 CR

Que la norma jurídico penal deba ser *scripta* impone precisión en el precepto normativo, y es así como es prohibida la analogía in malam parte. El principio *pro homine* también aquí, permite la analogía in bonam parte. El artículo 9 del C. Penal, invoca que Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al procesado, aunque al entrar en vigencia aquellas hubiere recaído sentencia firme y el reo estuviere cumpliendo la condena.

La precisión de la norma jurídico penal se concretiza en el mandato de determinación, ya abordado . A través de la norma de determinación, los administrados por el sistema de justicia, conocen el contenido de lo injusto de determinados comportamientos, y así entonces puede serles exigido el cumplimiento de la ley penal y en concomitancia, el orden social que pretende. El mandato de determinación descansa en la exigencia de tipicidad, o mejor aun parafraseando a JAKOBS, en la exigencia de juridificar aquellas transformaciones al mundo exterior, indeseadas por el sistema en virtud de su disfuncionalidad.

2. LIMITES AL DERECHO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL.

2.1 el principio de utilidad o necesidad de la intervención jurídico penal.-

El Derecho penal es necesario siempre que con ello pueda contenerse o determinarse el comportamiento de los hombres en sociedad. Y ello en consecuencia debe ser útil a efectos de afirmar la cohesión o confianza en el sistema por los administrados y la resocialización de los que ya delinquieron. La pena debe ser útil para cumplir estos fines, caso contrario pierde vigencia deontológica. Esto no debe interpretarse como una supervaloración de la severidad del castigo en abstracto, sobre el cumplimiento estricto del mandato de determinación, cuando la hipótesis típica engarce con algún hecho histórico. Muy bien ya opinó BECCARIA: más importante que la gravedad del castigo es la seguridad que se impondrá alguna pena.

2.2 El principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal.

El pensamiento dominante es pacífico en considerar, que el Derecho penal debe ser la última instancia jurídica a que debe acudir el poder soberano, para tratar de solventar los conflictos interaccionales que se susciten en los límites del sistema social de Derecho.

El Derecho penal es instrumento jurídico de control más agresivo; el único que realmente puede restringir libertades públicas con tanta severidad, tal como sucede en el encierro. Sólo como ultima ratio, es permitida su intervención, cuando otros mecanismos menos violentos hayan fracasado en su intento de resolver situaciones de riesgo

efectivo a intereses vitales juridificados y protegidos. A lo anterior, la literatura penal le conoce como principio de subsidiariedad.

Este subprincipio lo podemos coligar sin mayores ajustes argumentativos, a casos de aplicación del principio NE BIS IN IDEM. Si en un caso particular, otras ramas del Derecho han intervenido con suficiente éxito en la solución o control de determinados conflictos socio jurídicos, el Derecho penal no puede intervenir sin que ello implique una doble intervención o tratamiento excesivo del tema por el sistema global de justicia. Esto representa un exuberancia peyorativa que dificulta la seguridad jurídica y política de los administrados. Intimamente ligado al principio de subsidiariedad, se encuentra el carácter fragmentario del Derecho penal, que tolera la intromisión jurídico penal, sólo en función de aquellos ataques más violentos, lesivos o peligrosos a bienes jurídico protegidos.

Estos dos subprincipios conforman, tal como ha planteado, entre otros MIR PUIG, el alcance bidimensional del principio de subsidiariedad.

3. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Como antes ya hemos estudiado, el Derecho penal gira en torno a la protección y afirmación de un sistema de valores juridificados, llamados históricamente y de lege lata, bienes jurídicos.

Si una conducta no lesiona o coloca en peligro efectivo un bien jurídico protegido, no podrá ser relevante jurídico penalmente (no puede incluirse en el mandato de determinación), simplemente porque no desestabiliza la interacción de intereses jurídicos vitales, contenidos en la racionalización de la norma básica fundante.

Se reconoce a BIRNBAUM haber acuñado en el siglo XIX, el concepto de bien jurídico; no obstante su planteamiento estaba dirigido a justificar lo que en puridad protegía el Derecho penal, es decir, en un sentido dogmático penal y no político criminal, tal como el que ahora sostenemos.

LISZT acuñó en su momento el sentido material de bien jurídico, describiéndolo como interés vital de los hombres, resultado de la interrelación social, previo a cualquier consideración jurídica. Sin embargo, también reconoció la necesidad de juridificar este interés a efectos de su protección institucional.

BELING por su lado, consideró que no era la interacción social la que definía el contenido fundamental de este interés, sino que lo entendía como una decisión unidireccional del legislador. El bien jurídico no existía previo a su juridificación, sino que partía de ella como manifestación del poder político.

Cuando hacemos referencia al bien jurídico, en el sentido de objeto de protección penal aquí defendido, como bien asume MIR PUIG, no debemos entender el concepto desde su perspectiva dogmática (es decir, como aquella entelequia que en efecto protege cada norma prohibitiva), sino Político criminalmente. Sólo así podremos limitar al Derecho penal subjetivo.

Finalmente los neokantianos, entre ellos MEZGER, afirmaron con vehemencia, que el sustrato material del bien jurídico, surgía de los valores culturales y de las disposiciones del poder público respecto a esos intereses definitivamente vitales.

Únicamente esta orientación crítica, político criminal o de lege ferenda, nos puede permitir el cuestionamiento de determinadas prohibiciones, que en el fondo no protegen intereses que valgan la pena desde el ámbito de actuación penal, verbigracia, aquellos ataques a intereses excesivamente difusos, ambiguos o morales.

4.Las restricciones del Derecho penal subjetivo, en el modelo democrático de Estado de Derecho.

Como ya hemos sostenido previamente, el Derecho penal surge de la racionalidad de una moralidad básica, que se traduce en la norma fundacional del sistema jurídico. El Derecho penal se desprende de este sistema de valores, circunscriptos en la dignidad humana, la igualdad de los hombres y de su facultad de participación e incidencia en la toma de decisiones políticas y sociales. Este complejo axiomático no solamente debe limitar la potestad punitiva del Estado, sino también debe servir como fuente interpretativa. Un ejemplo claro de esta última afirmación, es el principio por homine. De este carácter democrático vinculante al Derecho penal, se desprenden con mayor rigor técnico los siguientes principios:

- Principio de humanidad de las penas.
- Principio de culpabilidad.

-
- Principio de proporcionalidad.
 - Principio de resocialización.

4.1 Principio de humanidad de las penas:

Artículo 97 CR: nadie podrá ser condenado a penas perpetua, infamantes proscriptivas o confiscatorias.

La vigencia del Derecho penal a lo largo de la historia de la humanidad, se ha caracterizado por su brutalidad y crueldad. En el Ancien Régime, el poder público pretendía la prevención general negativa de los administrados, a través de la irracionalidad del castigo al infractor. BECCARIA, en su famoso Tratado Dei deliti e delle pene, criticó con dureza y suficiente coherencia argumentativa, que las penas debían ser justas, estrictamente necesarias y humanas. BECCARIA influyó de sobremanera en los filósofos de la ilustración francesa, quienes desarrollaron prolíficamente aquellos postulados. Así de esta manera, las nuevas líneas de pensamiento se orientaron a la progresiva e importante sustitución de las penas corporales y proscriptivas, a penas privativas de libertad o patrimoniales no confiscatorias.

Las nuevas tendencias penológicas se dirigen a concebir el encierro, como su último instrumento, y en caso de ser inevitable, por el menor tiempo de duración (verbigracia, para MIR PUIG el encierro destinado para las infracciones penales más graves, no debería ser mayor de 15 años; para FERRAJOLI de 10). La criminología crítica, las tesis minimalistas, los principios de oportunidad procesal, entre otros postulados, muchos de ellos de bastante influencia en el ámbito de los países mas avanzados, permiten sustituir el encierro o cualquier pena, por responsabilidades indemnizatorias o reparadoras, libertad condicional o vigilada, e inclusive la total inaplicación del encierro.

El nuevo Código Procesal Penal vigoriza el principio mediante la creación del Juez de Ejecución, regulado en sus artículos 381 y siguientes, máximo garante de la ejecución, en clara respuesta al mandato del art 304 de la Constitución.

4.2 El principio de culpabilidad.

Este principio limitador del ius puniendi en el Estado democrático de Derecho, contiene a su vez los siguientes subprincipios informadores:

4.2.1 Principio de personalidad de las penas.

4.2.2 Principio de responsabilidad por el hecho.

4.2.3 Principio de dolo o culpa.

4.2.4 Principio de imputación personal.

El principio de personalidad de las penas prohíbe castigar a un determinado sujeto, por los crímenes cometidos por otros. Fue una práctica recurrente de los Tribunales de la Inquisición, castigar pecuniariamente a familias enteras, por las imprecaciones o delitos religiosos cometidos por alguno de sus miembros. También solía juzgarse a personas ya muertas, que en caso de ser halladas culpables, responderían penalmente sus herederos con sus bienes.

El principio de responsabilidad por el hecho, como bien resume MUÑOZ CONDE, proscribe que cualquier sujeto sea penado por su carácter, personalidad o forma de ser (Derecho penal de autor), sino que por hechos o conducta ciertas y determinadas, capaces de ser comprobadas posteriormente. Recuérdese que en el III reich, y los códigos peligrosistas italianos solía perseguirse criminalmente a personas que por su tendencia de vida, carácter o disfuncionalidad social, afectaran la solvencia o marco referencial político y social de la idea de Estado que se tuviere. Generalmente el castigo consistía en la esterilización u otras formas graves de inocuidación.

Del contenido marco del Principio dolo o culpa, inferimos que sólo es posible afirmar la ruptura del orden normativo penal, cuando el sujeto activo haya transformado el mundo físico exterior, rompiendo con la prohibición sea intencionada o negligentemente. Este principio no admite figuras subjetivas intermedias, tales como la preterintención, vestigio medieval del principio de responsabilidad objetiva (versare in re illicita).

Por último, el principio de culpabilidad propiamente dicho o de imputación personal ordena que sólo sea castigado penalmente quien

haya podido verse determinado por la norma jurídico penal, en condiciones de motivabilidad normal. Es así como no es posible castigar bajo ninguna circunstancia, a aquellos que al momento de desencadenar la conducta prohibida por el tipo, no comprendían la ilicitud de sus actos. Aquí se excluye en consecuencia la posibilidad de reproche o de exigibilidad de otra conducta.

4.3 El principio de proporcionalidad.

Este principio implica que la responsabilidad penal, deberá ser proporcionada al daño causado por el autor. Así las cosas, la proporcionalidad permite regular las funciones de prevención general, que sin este límite, podrían justificar la imposición de penas gravísimas por perjuicios de no tanta intensidad, con la única razón de perseguir la valoración social unívoca de la norma y su confianza sistémica. En este sentido MIR PUIG afirma: “dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito, por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (nocividad social)

En este orden de ideas, también la medida de seguridad debe ser proporcional al daño causado (medidas de seguridad postdelictuales) y a la peligrosidad del agente de cometer nuevos daños a futuro.

4.3 Principio de resocialización.

Este principio, también definido como justificación especial positiva de la sanción penal, se explica a partir de los intereses prevalentes de reeducación, resocialización y reinsertación del convicto o penado al seno social. Esto es así porque la ejecución de la pena no puede entenderse únicamente como retribución por el daño causado o prevención general pura, sino también, en palabras de SCHMIDHAUSER, como un espacio de tiempo que debe ser aprovechado por el penado para su crecimiento integral, permitiéndole ello su adaptabilidad social.

Para concluir, debemos enfatizar que la resocialización no puede utilizarse nunca, como un mecanismo más de sometimiento o quebranto de la libertad o autodeterminación del penado. De lo contrario esta intervención Estatal corre el riesgo de ser interpretada

como excesiva, y el proceso de resocialización no como un dialogo razonable, dirigido a un ser humano digno.

Lección 3: La tipicidad o taxatividad penal. Los elementos del tipo. Las normas penales en blanco. La proscripción de la aplicación analógica. Referencia complementaria al análisis sociológico de la norma.

Partiendo del concepto de tipo como aquella conducta explícitamente definida en el texto legal como acción perseguida y objeto del reproche penal, resaltamos en el mismo, la mayor de sus garantías y que no es otra que el principio de legalidad, llevado a sus últimos extremos, o lo que es lo mismo, que nada puede ser objeto de sanción penal si no ha sido previamente definido como conducta a penar en una ley aprobada con el quórum de exigencia que la Constitución atribuya en cada país, y siempre emanada exclusivamente del Poder legislativo. A ello no empece la existencia de leyes penales en blanco, tema que abordamos de pasada en el tratamiento de la estructura de la norma penal en blanco y que volveremos a examinar más adelante.

La tipicidad tiene funciones trascendentales destacando la garantizadora, ya que el tipo tiene una conexión directa con el principio de legalidad. Si del conjunto de los actos contrarios a Derecho, sólo consideramos ilícitos penales o delitos los que estén penados como tales en la Ley, deberá ser esencial su definición como tales, que se realizará a través del tipo. Es además fundamentadora, por cuanto el tipo fundamenta la antijuricidad, ya que la concreta, describe, delimita y además la prevé. Como en otras ocasiones hemos dicho, el tipo es indicio de antijuricidad, limitando el contenido de ésta a la exclusión negativa en la práctica de las causas de justificación. Goza también de una función valorativa, desde el momento en que la tipicidad implica una valoración del acto. Sólo ante un hecho en principio subsumible en el tipo pueden entrar en juego los mecanismos previos a la reacción penal. Es igualmente, claramente motivadora, ya que la tipicidad motiva positivamente el comportamiento individual. Como dice CONDE-PUMPIDO, el juicio valorativo del tipo es un juicio negativo, de rechazo de la conducta en él prevista, por lo que también constituye un mecanismo social de control al compeler a los ciudadanos a orientar su conducta de forma que contradiga la norma tutelada en el tipo.

En orden a la estructura de los tipos nos enseña Sainz Ruiz como se suelen distinguir los sujetos, la acción y el objeto de la

misma. Los finalistas distinguen entre unos elementos objetivos, normativos v subjetivos.

a) Sujetos

Únicamente el hombre puede ostentar la condición de delincuente, el derecho penal, solo valora actos, nunca hechos ajenos a la voluntad del hombre por lo que la descripción típica vendrá referida siempre al hombre como sujeto activo, con términos como "el que" o similares.

Estos tipos se los denominados comunes, pero también existen otros tipos que se refieren a un sujeto concreto que debe reunir una condición física o jurídica especial. Esa condición puede ser imprescindible para poder violar la norma, o bien, suponer sólo una tipificación distinta, más o menos grave, distinguiéndose así entre delitos de propia mano, y delitos especiales. Los especiales, a su vez se dividen en especiales propios o en sentido estricto (que no tienen correspondencia con uno común, como la prevaricación), y los especiales impropios o en sentido amplio, que tienen correspondencia con uno común, pero la realización por determinadas personas hacen que se convierta en un tipo autónomo distinto, siendo el máximo exponente de estos últimos el parricidio, delito especial por excelencia que da lugar a un sinfín de problemas, generalmente en relación a la participación del extraneus, técnica legislativa que me atrevo a calificar de poco clarificadora y que lamentablemente, no se corrige en el anteproyecto de Código penal

El tipo delimita la conducta a uno o varios sujetos, por lo que se deberá determinar quién es el autor en sentido estricto y quién participe.

En cuanto al sujeto pasivo, puede ser tanto el hombre como las personas jurídicas (como el Estado). El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta. Normalmente coinciden las cualidades de sujeto pasivo y perjudicado, pero muchas veces puede suceder que el delito dañe no sólo al sujeto pasivo del mismo sino también a terceros.

b) La acción

En la elaboración del tipo se describe una acción, que puede ser un acción o una omisión, e incluso describiendo una acción de modo general, o concretando los medios, el tiempo y el lugar. Atendiendo a la acción, se puede hablar de:

1. Delitos de pura o simple actividad, en los que la mera ejecución de un acto ya es constitutivo de la realización del tipo (como la injuria, violación etc.).

2. Delitos de resultado, en los que se exige junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material (ej.: lesión, homicidio).

3. Delitos de peligro, en los que no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre el sujeto pasivo, es suficiente con que el objeto se haya puesto en peligro (ej.: delitos contra la seguridad del tráfico, narcotráfico).

c) Objeto

El tipo también contiene el objeto de la acción, que puede ser un objeto material (una persona, animal o cosa) o un objeto jurídico, que es el bien jurídico protegido que el delito lesiona o pone en peligro, los finalistas realizan otra estructura de los tipos que puede resumirse siguiendo a Sainz Ruiz de la siguiente forma:

a) Elementos típicos objetivos: son los que hacen referencia a estados o procesos del mundo exterior que caracteriza la acción. Se caracterizan por ser perceptibles por los sentidos y por el Juez directamente: muerte de una persona, incendio etc.

b) Elementos típicos normativos: son los que encierran un concepto que precisa un juicio de valor por parte del Juez: contrato simulado, ajenidad de la cosa, etc.

c) Elementos típicos subjetivos: son referencias o características de la acción que vienen dadas por el estado anímico o intencional del autor: ánimo de lucro "con conocimiento". "con fin de tráfico", etc.

d) Elementos positivos y negativos: los positivos describen las características y circunstancias que han de darse en la acción para ser

típica. Los negativos describen aquellos elementos o condiciones que si concurren en la acción la hacen atípica.

En ocasiones, la descripción típica de la norma penal debe completarse mediante remisiones explícitas a otras normas. Es el caso de los denominados "tipos abiertos" o "normas penales en blanco".

Los tipos en blanco, más conocidos como normas penales en blanco, necesitan ser complementados con lo establecido en una norma extrapenal. Se puede poner como ejemplo, los delitos contra los recursos naturales , que remiten a disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, o bien, los delitos contra los derechos de los trabajadores , trafico de inmigrantes, delitos contra el medio ambiente, inhumaciones ilegales...que remiten también a las disposiciones legales o convenios colectivos.

El propio Tribunal Supremo español ha llegado a cuestionar los tipos abiertos o leyes penales en blanco, al ser "normas penales cuyo contenido se llena o integra con una norma extrapenal, que puede incluso no tener el rango de Ley, y menos aún, de Ley Orgánica, con lo que la configuración del tipo penal queda, en definitiva, a expensas de la Administración", pero al mismo tiempo reconoce dicho Tribunal que "de esta técnica legislativa no parece posible prescindir y en todos los ordenamientos hay muestras de ello".

En otras ocasiones, se describe la norma penal haciendo referencia a los denominados elementos descriptivos y normativos del tipo. En los elementos descriptivos se representa una conducta apreciable por los sentidos, limitándose a comprobar su existencia (ej .: homicidio) . En los elementos normativos, se debe efectuar un juicio de valor para determinar si se ajusta al tipo, esto es, la referencia internormativa se efectuará por remisión a lo que en cada sector normativo se entienda por dichas referencias

En cuanto a la estructura exterior de la norma penal en blanco no se plasma en el mero texto legal positivo. La conducta que el tipo expresa es únicamente el comportamiento que indiciariamente viola la norma, por ser opuesto a lo que ésta ordena o prohíbe; ese mandato y valoración de la norma adquieren fuerza coactiva gracias a la pena conminada en el tipo legal. Por ello es lo normal que el tipo cumpla la esencial función de expresar qué comportamientos pueden reputarse contrarios a una norma, la cual inferimos a partir de ellos. En principio,

las leyes penales recogerán con exactitud, al menos así lo impone el principio de legalidad, las conductas que pueden determinar la imposición de la pena.

El problema apuntado preocupa en nuestra ciencia principalmente a partir de BINDING, que denominó a estos casos «leyes penales en blanco» («Blankettstrafgesetze»).

Estos supuestos no deben ser confundidos con aquellos otros en que, por razones de técnica legislativa, se expresa en un «artículo» el comportamiento antinormativo y en otro la pena que corresponde imponer. La contemplación de una ley penal, de un Código, ha de ser conjunta: un Código, por su naturaleza constituye una sola expresión normativa que, por lo mismo, no tolera una consideración limitada a uno solo de sus pasajes. Lo importante es que conducta y pena estén contenidas en la misma ley penal. Por eso yerran, a nuestro juicio, los autores que entienden que se da una ley penal en blanco cuando la conducta o la sanción están definidos en otro lugar de la misma ley. En estos casos a lo sumo puede decirse que hay una «impropia» ley penal en blanco; en suma, suscitan una mera cuestión de técnica legislativa.

Debemos examinar las diversas formas en que pueden presentarse las leyes penales en blanco «stritto sensu». Para BINDING, éstas solamente se daban en aquellos casos en que la determinación de la conducta antinormativa quedaba encomendada a una disposición de inferior rango a la Ley penal, por ejemplo, un reglamento administrativo de policía. Sin embargo, MEZGER sostuvo que puede haber tres casos de ley penal en blanco. El primero, cuando la descripción de la conducta se efectúa en una disposición contenida en el Derecho Penal: Concepto, principios informadores y evolución en la misma ley penal; el segundo, cuando el comportamiento antinormativo se expresa en una ley emanada de la misma instancia legislativa; el tercero, si la conducta se expresa en una ley diferente, de rango superior o inferior a la ley penal. Algunos autores entienden que únicamente puede admitirse la categoría problemática de ley penal en blanco con relación a aquellas en las que la conducta punible está descrita en una ley de naturaleza inferior a la ley penal. Cuando la descripción de la conducta punible se confía a una ley de naturaleza inferior al Código Penal son los que ofrecen una más amplia gama de problemas, de índole primordialmente político-jurídica. La necesidad del conocimiento de la antijuridicidad impone, lógicamente, el principio de que las conductas ordenadas o prohibidas

pueden ser fácilmente conocidas por los súbditos de la ley. Esa exigencia se torna sumamente dificultosa cuando la conducta prohibida se encuentra en disposiciones de rango, por ejemplo, administrativo, y no sólo por la variedad de éstas, sino, porque aun existiendo un conocimiento de las mismas por parte de su infractor, sería preciso que el agente tuviese además conciencia de que la transgresión de aquella disposición rebasaba la esfera del ilícito administrativo y adquiriría carácter de delito; así, por ejemplo, el transgresor de una disposición reglamentaria de carácter ambiental puede, en principio, comprender que ello llevará aparejada una sanción de naturaleza administrativa; pero ¿hasta qué punto le es exigible que conozca el «ulterior» carácter delictuoso de aquella conducta?

Indudablemente, respecto a la idea de seguridad jurídica, también cabe señalar que la técnica de remisión a leyes inferiores tiene como efecto necesario el que el contenido de la ley penal pueda ir variando por la sola voluntad de la Administración, con lo cual se modifica «de facto» el tipo penal sin la necesidad de acudir a los conductos legislativos ordinarios; el otro efecto va referido al tema general de la certeza de las leyes, el conocimiento de las mismas, etc.

Si la conducta que infringe la norma y por ello, se somete a pena, está contenida en una ley de rango superior, por ejemplo la Constitución, o bien trata de una ley de igual rango, no cabe, desde luego, plantear un problema de infracción del principio de seguridad jurídica, como acontece cuando de leyes inferiores se trata. Pero sí procede llamar la atención sobre el peligro del automatismo en la reacción penal. Ante todo, importa recordar que, desde un punto de vista técnico, un delito existe sólo cuando una conducta típica ha merecido, además, los atributos de antijurídica y culpable. Si estas dos últimas notas del concepto pueden o no predicarse de un determinado acto típico, es algo que únicamente pueden declarar la ley y el Derecho penal. No obstante, en los últimos tiempos se viene poniendo de manifiesto la posibilidad de un desarrollo interpretativo de las leyes penales en blanco en clave garantista, anclado en el principio de ofensividad y en la perspectiva material de injusto, con el fin de preservar las garantías del principio de legalidad y el principio de reserva de ley en materia penal. En esta órbita de inquietudes parece moverse el Tribunal Constitucional, cuando señala que la técnica de la ley penal en blanco es compatible con las garantías constitucionales

del principio de legalidad penal y del principio de taxatividad, siempre que se observen ciertas cautelas en su empleo por parte del legislador penal, que pueden expresarse del siguiente modo:

1) La remisión a la legislación extrapenal debe ser expresa y se deben evitar las remisiones in totum a la misma.

2) La remisión debe ser necesaria y estar justificada por las necesidades de tutela del bien jurídico que se desea proteger (por ejemplo, el medio ambiente, normativa de seguridad laboral, delito fiscal, delincuencia socioeconómica).

3) A la vista de lo anterior, la legislación extrapenal debe constituir el complemento indispensable de los tipos penales.

4) La ley penal debe expresar en el propio tipo penal el núcleo de la prohibición penal, que en modo alguno debe ser objeto de remisión o reenvío a legislación extrapenal complementadora del tipo.

El Tribunal Constitucional ha fijado así las premisas para la superación de la interpretación formalista de la ley penal en blanco, que tradicionalmente ha imperado y que ha generado en la mayor parte de la doctrina «una cultura de rechazo o de resistencia» frente a esta técnica legal, en detrimento de una cultura de «desarrollo garantista» sobre la misma. Desde estos postulados, se hace preciso que la remisión a la normativa extrapenal quede sometida a los criterios penales de desvalor sustancial (de acción y de resultado), en aras a una selección cualitativa de los preceptos extrapenales que merecen completar el tipo penal

Nos encontramos pues, ante una especie de mal necesario fruto de la evolución y grado de desarrollo de las actuales sociedades, en el que debe extremarse toda cautela para no dar al traste con las garantías esenciales que dimanarían del principio de legalidad.

Analogía y derecho penal.

Consecuencia del principio de legalidad es la prohibición de aplicar analógicamente las normas incriminadoras y las punitivas, como se admite, por el contrario, para la generalidad de las normas jurídicas.

La analogía es la relación de semejanza entre cosas distintas, discutiéndose si es fuente del Derecho o un método interpretativo. Normalmente es considerada como fuente supletoria, desde el momento en que se diferencia de la interpretación extensiva en que ésta señala los límites de la ley más allá de la letra, pero sin exceder de su contenido, por lo que se entiende que el supuesto está comprendido en el espíritu de la Ley aunque no en su letra; mientras en la analogía el supuesto no está comprendido ni en la letra ni en el espíritu de la ley. Supone el uso del principio de que donde hay la misma razón tiene que haber el mismo derecho, para aplicar así una norma a casos semejantes a los en ella regulados pero a los que en principio no iba destinada. En materia penal es crucial, la distinción doctrinal entre la analogía legis (cuando se aplica un concreto precepto legal a un caso no comprendido en él), de la analogía iuris (lo que se aplica no es una norma concreta, sino un principio extraído de un conjunto de normas del ordenamiento jurídico), esta última es especialmente relevante respecto de todos y cada uno de los principios informadores del derecho penal.

En Derecho Penal también se distingue una analogía in bonam partem o favorable al reo, que se suele aceptar con mayor facilidad; y la analogía in malam partem o desfavorable al reo, que no se admite por entender que va contra el principio de legalidad. Históricamente la analogía ha tenido gran importancia, pues, hasta que no se proclamó el principio de legalidad, los jueces podían juzgar según su arbitrio, utilizándose en exceso aquélla. Existía en los regímenes soviético y nazi y, existe aún en el art. 2 del Código Penal danés. Pero el resto de las legislaciones la excluyen expresamente y en congruencia con ello el art 95 de la Constitución y el art 2 del Código penal, aun no mencionándola, la proscriben con rotundidad.

Pero si no se puede perjudicar al reo con creación analógica de delitos o de penas, es decir, aplicando la analogía in malam partem, suele admitirse, por el contrario, la llamada in bonam partem.

Se discute si existe o no ruptura del principio de prohibición de la analogía en el caso de la llamada "analogía legal" es decir, cuando la fórmula analógica es empleada por el legislador. Así, en el Código Penal hondureño se encuentra ese uso no sólo en materia de atenuantes, dado que el último inciso del art 26, numeral 14 concluye indicando como atenuantes "cualquier otra circunstancia análoga a las anteriores", excediendo de estas líneas el volumen de atenuantes analógicas que ha consagrado la jurisprudencia española.

RODRÍGUEZ DEVESA considera esto como una muestra de que la analogía se admite como fuente del Derecho Penal cuando es llamada por la Ley. En cambio para JIMÉNEZ DE ASÚA este llamamiento de la Ley a la analogía no convierte a ésta en fuente del derecho, ya que es la propia ley la que da fuerza a la analogía. En cualquier caso se trata de un mecanismo poco elogiado y que debe usarse moderadamente, salvo si, como ocurre con las atenuantes analógicas, favorece al reo.

Cuestión distinta a la analogía es la interpretación restrictiva, conocida como odiosa sunt restringenda, principio que obliga al juez a interpretar la norma de la manera más beneficiosa para el inculcado, y que tampoco debemos confundir con el in dubio pro reo, del que ya tratamos en el tema uno, siendo claro su reconocimiento legal en el actual art 18 del Código procesal penal, según el cual, los pasajes oscuros y contradictorios de la ley penal, se interpretarán del modo que más favorezcan al imputado.

Lección 4: La conducta (acción) humana. La fuerza irresistible. Las formas de participación criminal. Fenomenología de la acción típica: delito simple, complejo, conexo y continuo.

EL COMPORTAMIENTO HUMANO COMO ELEMENTO DEL DELITO

Von Liszt definía el delito como acto, contrario a derecho, culpable y sancionado con una pena. El centro de esta definición lo constituía el acto, la acción entendida como proceso causal, como un movimiento corporal que producía un cambio en el mundo exterior perceptible por los sentidos. Este acto debía ser además, contrario a derecho, es decir, antijurídico, concibiendo, pues, la antijuricidad como una simple valoración del acto, del proceso causal objetivo externo. Pero naturalmente no bastaba en derecho penal con la valoración del acto, a ello añadió Von Liszt la valoración del autor de ese acto, es decir, la culpabilidad concebida en un sentido meramente psicológico, como la relación subjetiva entre el acto y su autor, formando así las llamadas formas de la culpabilidad, dolo y culpa, precedidas por la constatación de la capacidad psíquica del autor, la llamada imputabilidad.

El esquema que se acaba de describir se distinguía por su sencillez y claridad. La valoración del acto, concebido de un modo causal objetivo constituía la antijuricidad; la valoración del autor y los componentes subjetivos del delito pertenecían a la culpabilidad; faltaba todavía, sin embargo, un elemento que diese conciencia a esas valoraciones y las vinculase a la norma jurídica positiva. La acción, de cuya valoración se trataba, debía, por imperativo del principio de legalidad, encajar en la descripción contenida en las normas penales. El descubrimiento de esa tercera característica que es meramente formal, pero importantísima, fue obra de Beling, que en 1906 en su teoría del delito denominó la adecuación de una acción a la descripción contenida en la norma penal tipicidad. La tipicidad no tenía para Beling ningún sentido valorativo, era simplemente la descripción del suceso objetivo externo de la norma penal.

En esta consideración del delito como acción típica, antijurídica y culpable, amenazada con una pena, se agotaban todas las

posibilidades de análisis del hecho punible y se daban las bases para una discusión y evolución que todavía está vigente.

Aunque la discusión acerca del concepto general de acción ocupó durante mucho tiempo a la doctrina y las diferencias entre las diversas posturas (sobre todo entre causalistas y finalistas) parecían irreconciliables, en la actualidad, la doctrina intenta reconducir el concepto de acción a términos más modestos, pero más prácticos.

El sistema “moderno” del delito se estructura sobre la base del comportamiento humano, que comprende acciones y omisiones, es esencialmente un concepto ontológico y por lo tanto prejurídico, diferenciándose claramente de los hechos de los animales y de los fenómenos de la naturaleza, aunque puedan materializar los mismos resultados. El hecho llevado a cabo por un ser humano posee ciertas notas distintivas que no se dan en los demás supuestos.

Antes de examinar el contenido de la acción humana y su relevancia para el derecho penal, debemos adelantar que quedan excluidos todos los comportamientos que no son humanos, acto de animales, fenómenos naturales y también, los hechos llevados a cabo por personas jurídicas, tampoco interesa al derecho penal todo aquello que se mantiene en el ámbito interno del ser humano, esto es, los pensamientos e ideas de las personas que no llegan a trascender al exterior.

Es claro pues, que al derecho penal no le interesa la gran mayoría de las conductas que se dan en la realidad (los sujetos pasean, se saludarse, se lanzan en paracaídas etc.) sino un numero muy limitado de ellas (un sujeto se apodera de un bolso ajeno, conduce bajo los efectos del alcohol, provoca herida a un peatón, permite que una persona que no sabe nadar se ahogue en una piscina, etc.). De lo anterior se concluye que el derecho penal no sanciona todas las conductas, los comportamientos que reciben una sanción penal, tienen una base prejurídica y para determinar esa importancia analizaremos brevemente la evolución del concepto de acción en los distintos sistemas del delito.

El causalismo naturalista se basaba en la acción, entendida como el simple hecho de la naturaleza, un movimiento corporal que produce una modificación en el mundo exterior perceptible por los

sentidos (es el modelo creado por Liszt y Beling). A los efectos de la acción, la voluntad humana era considerada un simple impulso que producía resultados. Los componentes intelectuales y volitivos (dolo) se analizarían posteriormente, al llegar a la culpabilidad, que concertaba todo el aspecto subjetivo del delito. El planteamiento anterior a recibido importantes críticas, porque al definir la acción como un movimiento corporal quedan comprendidas las conductas que consisten en un hacer positivo, pero el concepto no es aplicable a las omisiones. El punto de partida de la omisión es justamente la ausencia de un movimiento corporal, y por ese motivo el concepto causal naturalista de acción tuvo que ser abandonado.

El causalismo valorativo de Mezger sin abandonar el modelo de Liszt y Beling formula importantes correcciones a la teoría del delito. Ya no se habla de acción sino de comportamiento humano, concepto que comprende tanto la acción como la omisión, consideradas como manifestaciones externas de la voluntad causal. El causalismo, tanto el naturalista como el valorativo diferencia la voluntad del contenido de la voluntad causal. Para el causalismo valorativo la acción u omisión humanas tienen que ser voluntarias, entendiendo la voluntad como un simple impulso o deseo de causar un resultado en el exterior. Sin embargo, considera que no forma parte de la acción el contenido de la voluntad, es decir, la finalidad que persigue el sujeto con ese comportamiento. El contenido de la voluntad se sigue manteniendo en la culpabilidad (dolo). A partir de las aportaciones críticas del finalismo, el contenido de la voluntad debe ser tenido en cuenta desde el primer momento por la teoría del delito. Lo que el sujeto haya querido no puede ser irrelevante para la acción. La finalidad debe formar parte del concepto de acción.

Para el finalismo a partir de la obra de Welzel, el contenido de la voluntad adquiere un papel relevante en el concepto de acción, sostuvo que no se puede hablar de acción humana si no existe una voluntad. Las acciones humanas persiguen un fin, son acciones finales. El sujeto obra guiado por una finalidad. Quiere hacer algo, alcanza un objetivo y antes de comenzar a actuar, selecciona los medios con los que podrá llevar a cabo dicho objetivo. El hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su acción. Una vez hecho esto, procederá a poner en marcha el plan que se ha propuesto en el mundo exterior. Este concepto de acción supuso una reestructuración completa de

la teoría del delito que, en su momento, cosechó muchísimos seguidores.

La evolución del concepto jurídico de acción nos lleva a encontrar un concepto prejurídico de acción, que se encuentra enlazado con los demás elementos de la teoría del delito. Aunque no se sigan los postulados de Welzel, no se puede desconocer que su metodología ha servido de base para construir el sistema moderno.

Sin embargo, son cada vez más los científicos que afirman que el concepto de acción no puede ser únicamente un concepto ontológico, pues en alguna medida depende de valoraciones que dotan de sentido a la acción. Creemos que esta perspectiva es la más adecuada, justamente porque al derecho penal no le interesan todos los comportamientos humanos; y para determinar aquellos que son relevantes se hace necesario valorarlos. De tal forma, sin renunciar al concepto prejurídico de acción, se le reduce a una función negativa, que no se utiliza para fundamentar un nuevo elemento de delito sino solamente para excluir algunas situaciones que no alcanzan la categoría de comportamientos humanos voluntarios (estado de inconciencia, fuerza irresistible, movimiento de reflejos).

De acuerdo a MUÑOZ CONDE, acción es “todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin”.

La dirección final de la acción se realiza en dos fases: una, externa; otra interna.

La fase interna, sucede en la esfera del pensamiento del autor, éste se propone anticipadamente la realización de un fin. Para llevar a cabo ese fin el autor selecciona los medios necesarios para llevarlo a cabo, tomando en consideración los efectos concomitantes.

La consideración de estos efectos concomitantes puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace algunos de los medios seleccionados para su realización. Pero una vez que

los admita como de segura o probable producción, también esos efectos concomitantes pertenecen a la acción.

Fase externa. Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta.

La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que ésta se ha realizado en el mundo externo. Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y que lo importante sean los efectos concomitantes a los medios seleccionados para realizarlo.

Así por ejemplo, cuando el autor conduce un vehículo a más velocidad de la permitida, puede pretender una finalidad absolutamente loable (llegar a tiempo al lugar de trabajo), pero los medios empleados para ello (conducir imprudentemente un coche) o los efectos concomitantes (la muerte de un peatón atropellado) son desvalorados por la ley penal.

Cuando se dice que la acción final es la base del Derecho penal, no se quiere decir que sólo sea el fin de esa acción lo que interesa al Derecho penal, pues éste puede estar igualmente interesado en los medios elegidos para conseguir el fin o en los efectos concomitantes a la realización de ese fin. Por eso, son en definitiva, los tipos legales los que deciden que partes o aspectos de la acción son o pueden ser penalmente relevantes.

En el código Penal en el artículo 13, se establece que el delito puede ser realizado por acción o por omisión, dicho de otra manera, por un hacer o mediante un dejar de hacer algo.

AUSENCIA DEL COMPORTAMIENTO HUMANO.

Existen algunos supuestos en los que se constata la ausencia de un comportamiento humano. Estos supuestos se caracterizan por cumplir la función negativa a la que nos referíamos precedentemente, dicho de otra manera, el sujeto no realiza una acción voluntaria.

FUERZA IRRESISTIBLE

Para hablar de fuerza irresistible, debemos diferenciar la fuerza material o física, que se da cuando alguien actúa físicamente contra la persona, sin dejarle opción alguna para que manifieste su voluntad, es decir, el sujeto se convierte en su simple instrumento; de la fuerza moral o psíquica, que consiste en la actuación bajo amenazas, y que queda reservada para el ámbito de la culpabilidad, concretamente del miedo insuperable.

El artículo 25 del Código Penal establece que la fuerza irresistible, constituye eximente de responsabilidad penal; excluyendo la culpabilidad, debiendo concurrir dos requisitos, a saber: a) que la fuerza irresistible provenga de un tercero, b) que éste tercero, prive al sujeto totalmente de la voluntad.

Es importante señalar que la fuerza a de ser absoluta, de tal forma que no se deje ninguna opción a quien la sufra, caso contrario, la acción no puede quedar excluida.

MOVIMIENTOS REFLEJOS

Los movimientos reflejos son aquellos que no pasan por los centros superiores cerebrales, no apreciándose por lo tanto voluntariedad. Citaremos a manera de ejemplo los movimientos instintivos y las crisis epilépticas, ya que en estos casos el movimiento no está controlado por la voluntad. Quedan excluidos los llamados “actos en cortocircuito” y las reacciones impulsivas y explosivas, en los que aunque sea fugazmente participa la voluntad, no excluyendo, por lo tanto la acción.

ESTADOS DE INCONSCIENCIA

Existe una serie de estados de inconsciencia, en los que la acción que está realizando el sujeto carece de voluntariedad. Son supuestos de sueño, sonambulismo o embriaguez letárgica. La peculiaridad que presentan estos estado de inconsciencia radica en la posible aplicación de la teoría de los actos liberae in causa. Según esta teoría, es necesario distinguir dos situaciones distintas. En un primer momento el sujeto es libre y consciente, pero se coloca en un estado de inconsciencia (ejemplo, bebe hasta perder

el sentido, con la finalidad de matar al cónyuge porque sabe que de lo contrario le faltará valor).

En el segundo momento, cuando realiza el hecho, su conducta no será voluntaria por la situación de inconsciencia, pero ello no puede ser invocado para favorecer su impunidad. La teoría de la *actio liberae in causa* sostiene que en estos supuestos es necesario retrotraerse al momento original, que es en el que se debe constatar si ha existido o no un comportamiento humano voluntario.

ACCION Y RESULTADO

La acción y la omisión cumplen la función de elementos básicos de la teoría del delito, en la medida en que coincidan con la conducta descrita en el tipo de la correspondiente figura de delito, será penalmente relevante.

Esta acción penalmente relevante es la realizada en el mundo exterior, y por el hecho de ser realizada en el exterior, la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado, Pero este resultado ya no es parte integrante de la acción.

La distinción entre acción, como simple manifestación de voluntad, y resultado, como consecuencia externa derivada de la manifestación de voluntad, tiene gran importancia para el Derecho penal. Por ejemplo: se castiga en algunos casos la simple manifestación de voluntad, como sucede en el delito de injurias (delitos de simple actividad); en otros además, el resultado derivado de ella, como sucede en el homicidio (delito de resultado). En este último caso se exige una relación de causalidad entre la acción y el resultado. Ahora bien, puede que el resultado no se produzca y que la acción solo sea punible a título de tentativa. En los delitos de peligro concreto, la acción peligrosa se castiga cuando se haya puesto en concreto peligro el respectivo bien jurídico. En el delito imprudente, la acción imprudente sólo se castiga si produce un resultado lesivo, etc. Para determinar la antijuridicidad del hecho se distingue entre desvalor de la acción y de Acción y resultado.

RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Entre la acción y el resultado, refiriéndonos a los delitos de resultado, tales como, homicidio, daños, robo etc., debe mediar

una relación de causalidad, es decir, una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. Lo anterior sin perjuicio de exigir después la presencia de otros elementos, a efecto de deducir la responsabilidad penal

Antes de imputar un resultado a una determinada acción es, sin embargo, necesario establecer una relación de causalidad entre ambos.

Hay casos donde no existe duda acerca de la causalidad entre una acción y un determinado resultado, sin embargo habrán casos complicados y muy complejos de resolver, razón por la que han elaborado dos teorías, a saber:

- Teoría de la equivalencia de las condiciones
- Teoría de la causación adecuada

Para la primera es causa toda condición de un resultado concreto que, suprimida mentalmente, daría lugar a que ese resultado no se produjese.

Para la segunda teoría, no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino sólo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado, dicho de otra manera, una acción será adecuada para producir un resultado, cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes, tal resultado se produciría inevitablemente.

Esta última teoría utiliza dos criterios selectivos para precisar cuando una acción es adecuada para producir un resultado y son la previsibilidad objetiva y la diligencia debida, considerando demasiado vagos e imprecisos estos criterios, se han complementado con los criterios normativos, coincidentes con la teoría de la imputación objetiva, elaborada por Claus Roxin. En este sentido una de las aportaciones más importantes de esta teoría ha sido delimitar perfectamente los ámbitos de actuación de criterios ontológicos (relación acción típica-resultado como antecedente necesario-consecuencia) y normativos (delimitación de la acción típica)

La teoría de la imputación objetiva

De un modo general, se puede decir que toda conducta que suponga la creación de un riesgo no permitido o el aumento de un riesgo ya existente más allá de los límites de lo permitido, es ya suficiente para imputar el resultado que suponga realización de ese riesgo no permitido.

Sin embargo, y en algún caso excepcional, la creación de un riesgo no permitido puede ser irrelevante penalmente si no entra dentro del ámbito de protección del precepto penal que prevea esa conducta como delictiva.

Criterios a aplicar para imputar objetivamente en el ámbito jurídico un resultado a la persona que lo causó: La creación de un riesgo no permitido, lo que ya supone por lo menos una falta de diligencia, la consiguiente realización de ese peligro o riesgo en un resultado. En segundo término la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida.

Este último sirve para solucionar casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que se transforma en un resultado lesivo, no procede imputar este resultado si no se produce dentro del ámbito de protección de la norma. Elementos de la imputación objetiva: El resultado ha de estar en relación de causalidad con la conducta contraria a la norma de cuidado. La causalidad ha de entenderse en sentido naturalístico y el resultado debe haber sido previsible objetivamente desde la posición del autor, en una valoración ex ante del proceso causal, pues a nadie se le puede hacer responder de lo que nadie en su posición pudo prever. Se trata aquí de una previsibilidad global, sobre el proceso de riesgo y no de previsibilidad experimental. Finalmente debe ser la realización del riesgo creado o incrementado por la acción contraria al deber de cuidado, lo que se comprueba a partir de la identificación de los riesgos que la norma de cuidado infringida pretendía evitar (fin de protección de la norma).

Cuando el resultado que se produce no es realización estricta del riesgo creado por el autor con su conducta, dicho resultado no le es objetivamente imputable.

En no pocas ocasiones el sujeto que actúa vulnera una norma de cuidado y produce un resultado lesivo, pero la norma infringida no estaba destinada a evitar el riesgo producido: así, la norma que prohíbe el adelantamiento en una curva sin visibilidad esta destinada a evitar la colisión con un vehículo que circula en dirección contraria. Si efectuado el adelantamiento el conductor que viaja en sentido contrario, sin tener que hacer ningún viraje, sufre un infarto del susto que se lleva al ver venir otro vehículo de frente, ese resultado no es el que la norma pretende evitar y por ello es un resultado no objetivamente imputable al autor del adelantamiento incorrecto. Lo mismo en la construcción, el encargado está legalmente a exigir de sus trabajadores el uso del casco para evitar golpes de objetos que puedan desprenderse desde el plano superior y sí, no haciéndolo así, los trabajadores son víctimas de la explotación de una caldera, no podrá considerarse que el resultado es el que la norma pretendía evitar.

Hay un grupo de casos caracterizados por el hecho de que aún cuando el comportamiento contrario de la norma de la gente hubiere sido conforme a la misma, se estima que el resultado se habría producido igual, los que se denominan casos de comportamiento alternativo correcto. Es el caso de conductor que circula por la noche a una velocidad ligeramente superior a la permitida y atropella a un ciclista que circula sin luz ni reflectante alguno y subido de alcohol con lo que tiende a conducir sobre su izquierda, en el momento en el que un vehículo de adelante, y se comprueba que aunque el conductor hubiere respetado el límite de velocidad el atropello se hubiere producido igual. Más evidente resulta en el caso en el que una persona conduce su vehículo a velocidad que rebasa la permitida, y atropella a un suicida que se tira bajo las ruedas del vehículo y esto no se hubiese podido evitar ni aunque el conductor fuera a velocidad adecuada.

Estos casos tienden a resolverse mediante el juicio del incremento del riesgo, aceptándose la imputación si la conducta infractora comportó en el caso concreto un riesgo superior al de la conducta ordenada pero este criterio debe complementarse siempre con el fin de protección de la norma, pues precisamente lo que esta puede razonablemente pretender es evitar el implemento de los riesgos.

LAS FORMAS DE PARTICIPACION

En principio, como idea inicial autor es quien realiza el tipo penal correspondiente, es decir quien lleva a cabo el actuar descrito en el tipo penal como garantía esencial del principio de legalidad. Ahora bien, todas las legislaciones penales, prevén que en el delito intervenga mas de una persona y que el calibre de la labor levada a cabo por cada uno de ellos en no pocas ocasiones puede ser bien distinto. Con arreglo a una tesis causalista sin límite serían autores todos aquellos que hayan aportado una condición del resultado. De seguirse esta doctrina prácticamente desaparece el concepto de partícipe, pues todos los partícipes serán considerados autores. Basta para ello con que hayan contribuido causalmente al resultado, no importa que su contribución haya sido mínima.

El fracaso de las teorías objetivo materiales tanto la formal como la material, hizo triunfar en la doctrina a la Teoría del dominio del hecho. Las deficiencias de los conceptos objetivos de autor hicieron que la doctrina buscara otros modos de formular la autoría entre ellas, la teoría del dominio del hecho que paso a describir. Según esta tesis autor del delito es la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio o señorío sobre el curso del mismo, dominio que se manifiesta en lo subjetivo porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico, y, en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho. La jurisprudencia ha acogido esta doctrina , aunque en ocasiones lo mezcla con otros criterios como en no pocos temas hace , valga por todos el criterio de la imputación objetiva en cuanto a relación causal se refiere , pero afirmado con rotundidad que :1º. La autoría directa implica, como se ha dicho, el dominio del hecho; 2º. Los hechos materiales, han de estar relacionados directamente con el hecho físico en que el delito se configura y tipifica; 3º. La coautoría reclama no sólo la posibilidad de autores inmediatos y autores mediatos, sino además y también el mutuo acuerdo como común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevar a efecto el propósito consensuado, con la aportación de algún esfuerzo o acto propio de cada uno de los acusados, todo ello en el bien entender de que, una vez realizados actos propios del núcleo de acción, se genera así un vínculo de solidaridad penal que los hace partícipe con igual grado de responsabilidad. El principal escollo de la misma es lo difícilmente compatible con la imprudencia

Considera el art 32 autores a quienes toman parte directa en la ejecución del hecho, los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo y los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado. En los delitos por omisión, son autores los que dejan de hacer lo que la ley manda, causan la omisión o cooperan a ella.

Siguiendo a Angel De Juanes, resulta necesario pues determinar el concepto de autor a la luz del precepto expresado. Sólo pueden ser autores quienes hayan actuado de manera que el hecho típico le pueda ser imputado objetiva y normativamente. Esta tesis choca con la doctrina del acuerdo previo seguida por el Tribunal Supremo español. En virtud de ésta se deben tener como autores a todos aquellos partícipes que conjuntamente planearon la ejecución del delito, con independencia de cual fuera su ulterior intervención material en el hecho. Así para el Tribunal Supremo quien participaba en el acuerdo previo toma parte en la ejecución. Esta doctrina ha sido abandonada. Así lo dice expresamente la STS de 4 de Noviembre de 1997 que en lo que aquí importa dice: “Es evidente que un acto de estas características requiere inexcusablemente una aportación de determinada significación, que no puede ser reemplazada en ningún caso por acuerdo entre los partícipes.

En definitiva, no basta con el acuerdo previo, se exige una aportación de determinada significación. No parece relevante hacer grandes disquisiciones doctrinales ente autoría medita o inmediata ya que la responsabilidad penal es idéntica, pero sí debemos detenernos en la participación, pues en ésta ya hay grandes diferencias punitivas, debiendo basarse la diferencia entre autoría y participación en la idea de la accesoriidad, entendida como la dependencia que la conducta del partícipe tiene respecto de la conducta del autor. El autor, a su vez, puede no haber obrado dolosamente, o tener exculpada o justificada su conducta.

Para concluir, me referiré a tres cuestiones puntuales como son: la participación culposa en delito doloso, la participación dolosa en delito culposo y la participación culposa en delito culposo.

Consiste la complicidad en la ayuda o auxilio al hecho de otro, anterior o simultánea, pero útil para la ejecución del plan del autor, contando como límites que no puede llegar al punto de incluir el acto ejecutivo “típico” pues tal caso constituiría un supuesto de coejecución. Y en segundo término que la aportación ha de ser de

alguna utilidad para el plan del autor, pues si es irrelevante no puede tenerse como auxilio a la ejecución. El art 33 del Código hondureño considera cómplices a los no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos. Si de las circunstancias particulares del proceso resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un acto menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.

Dentro de la complicidad hemos de distinguir entre la cooperación necesaria del art 32 in fine que a l igual que⁴ el legislador español identifica con el autor a efectos de pena y de ahí la trascendencia entre la distinción entre la cooperación o complicidad simple y la necesaria

Las teorías para su diferenciación son varias. Para los defensores de la necesidad Relativa , ésta se contempla en concreto, para la teoría de la necesidad abstracta, se valora en abstracto. El Tribunal Supremo español viene a acogerse a la tesis de la escasez o imprescindibilidad, señalando que la distinción entre el cómplice y el cooperador necesario radica en la necesariedad o no de la cooperación, conjugando diversos criterios, tales como el de la teoría de la condición sine qua non, la del dominio del hecho o la del carácter de las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios, es decir, será cooperador necesario aquel que contribuya al hecho con una actividad difícil de conseguir, esto es, escasa.

Creo con Muñoz Conde que la excepcional aportación del cómplice debe conjugarse con el dominio del hecho, rechazándose la cooperación necesaria en ausencia de cualquiera de dichos factores, debiendo además ser restrictivos en la materia habida cuenta la trascendencia de la equiparación punitiva con el autor

Con relación a algo tan problemático como la participación en los delitos especiales, la jurisprudencia española viene entendiendo que no hay ninguna regla que impida que los partícipes en delitos especiales, ya sean propios o impropios, respondan penalmente de acuerdo con el tipo realizado por el autor principal, sea cual sea el tipo". En su consecuencia el tipo de imputación es el mismo para todos.

Fenomenología de la acción típica

A) Delitos simples y complejos

Por su mayor o menor complejidad los tipos delictivos pueden ser simples y complejos, según que el tipo comprenda una o varias acciones.

a) Delitos simples son aquellos formados por una sola acción, con capacidad para vulnerar o poner en peligro un solo bien jurídico. Pueden ser de acción en sentido estricto y de omisión. Los delitos de acción pueden, a su vez, calificarse en delitos de simple actividad o delitos de resultado.

Los tipos simples se clasifican también en básicos o fundamentales, cualificados y privilegiados. Se trata de delitos que guardan un estrecho parentesco entre sí por poseer todos un grupo de características comunes, a las que se añaden otras que son las que determinan la imposición de una pena más grave o más leve que la correspondiente al tipo básico. Los tipos cualificados o privilegiados añaden circunstancias agravantes o atenuantes, pero no modifican los elementos fundamentales del tipo básico.

b) Tipos compuestos son aquellos integrados por varias acciones del sujeto activo. Pueden distinguirse:

Delitos de pluralidad de actos, donde se describen varias acciones (adquirir para poner en circulación moneda falsa: art. 274.3).

Delitos complejos, o compuestos en sentido estricto, son los formados por la unión de otros dos delitos. A veces se presentan dos conductas criminales unidas, revelando una particular perversidad o energía criminal que hace que su gravedad exceda de la que se obtendría sumando aritméticamente las penas correspondientes a cada una de ellas, como sucede con el asesinato con robo o violación (art. 117, último párrafo, del CP).

Delitos mixtos son aquellos en los que el tipo contiene, bajo la misma conminación penal, diversas modalidades de conducta, bastando que se realice una de ellas para que se cumpla el tipo (entrar o permanecer en morada ajena en contra de la voluntad de su morador: art. 202).

B) Delitos comunes y especiales

En función del sujeto activo se distinguen los delitos comunes y los especiales; y, dentro de estos últimos se establecen dos categorías: delitos especiales propios y delitos especiales impropios.

El criterio de distinción depende de la condición del sujeto. Así delitos comunes son aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona. Por delitos especiales propios se entienden aquellos que describen una conducta que sólo es realizable por ciertas personas (vgr. malversación de caudales públicos, prevaricación). Los delitos especiales impropios son aquellos que sólo pueden ser cometidos por ciertas personas, pero que guardan correspondencia con un delito común (por ej. el infanticidio respecto del homicidio).

C) Delitos de lesión y de peligro

Si el tipo requiere la lesión del bien jurídico protegido, dará lugar a un delito de lesión, mientras que si sólo contempla su puesta en peligro, constituiría un delito de peligro. Los delitos de peligro se dividen en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. En los primeros se exige la efectiva creación de una situación de peligro, mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que la acción cree un peligro efectivo.

D) Delitos de mera actividad y de resultado

En relación con la problemática del resultado, se distingue entre delitos formales, también llamados de simple actividad o mera conducta, y delitos materiales, denominados de resultado. Cuando el tipo sólo exige la realización sin más de la acción, estamos ante los delitos de mera actividad (injurias); en otros casos se exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material (lesiones).

Ciertos bienes jurídicos, por ser tangibles, pueden ser menoscabados o destruidos o puestos en peligro. Así ocurre, por ejemplo, con la vida, la integridad, la libertad, la propiedad. De ahí que los tipos penales referentes a esos bienes sean delitos de resultado. Otros bienes jurídicos no pueden, por su naturaleza, ser vulnerados físicamente, sino que se ofenden por una simple conducta del autor. Se dice entonces que se trata de delitos de simple actividad. Esta distinción tiene importancia para la exigencia o no de relación de

causalidad entre conducta y resultado, y para la determinación del tiempo y lugar del delito.

En relación con esto último, esto es, con la determinación del tiempo y lugar del delito en los llamados delitos a distancia, existen tres teorías al respecto: a) teoría de la actividad; b) teoría del resultado, y c) teoría de la ubicuidad. Esta última considera que debe aplicarse un criterio u otro (lugar de la actividad o de la producción del resultado) según los fines perseguidos por las distintas instituciones. La teoría de la ubicuidad es la que, según la doctrina mayoritaria, debe reputarse preferible político-criminalmente a la hora de determinar el lugar del delito. El Código Penal de Honduras se acoge a la teoría de la actividad para determinar el momento de comisión del delito (art. 18) y a la teoría de la ubicuidad para la determinar del lugar (art. 19).

E) Delitos instantáneos, permanentes y de estado

Tanto los delitos de mera actividad como los de resultado pueden dividirse en delitos instantáneos, permanentes y de estado, según que la actividad o el resultado determinen la aparición de un estado antijurídico de cierta duración, (delitos permanentes y delitos de estado) o no (delitos instantáneos). Ejemplo de delito instantáneo sería el homicidio. El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor. En cambio, en el delito de estado, aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de este, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento.

a) Delitos permanentes. En la órbita penal se ha dicho que el delito permanente es aquel que «se está cometiendo o perpetrando a lo largo de toda la dinámica comisiva, y en tanto en cuanto persista la antijuridicidad del comportamiento o de la acción que se prolonga en el tiempo» (ATS, Sala 2.^a, de 13 de julio de 1999)⁽¹⁾. En los delitos permanentes –apunta QUINTERO OLIVARES– «el resultado se alcanza al ofenderse el bien jurídico, pero el estadio consumativo se prolonga en el tiempo mientras que dure la situación de ofensa al bien jurídico»⁽²⁾. La conducta punible, en este tipo de delitos, es constitutiva de un único

(1) Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 1999\6167).

(2) *Derecho Penal. Parte General*, reedición a la 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 535.

ilícito, pero se mantiene durante un espacio prolongado de tiempo por la persistencia de la voluntad del sujeto que, en cualquier momento, puede poner fin a la misma; su consumación es, en realidad, instantánea, pero pervive como tal con posterioridad.

Puede decirse que, en estos delitos, la consumación se produce con la realización de los elementos constitutivos del tipo penal y se prolonga mientras se mantenga el comportamiento antijurídico⁽³⁾; por tanto, hasta que éste cese, la infracción es actual⁽⁴⁾.

Por ejemplo, se han considerado delitos permanentes: la detención ilegal, «pues el resultado se prolonga en tanto en cuanto dura la privación de libertad» [STS de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8090)], «en el sentido de que la acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial» [SSTS de 26 de febrero de 1999 (RJ 1999\882) y 23 de junio de 2000 (RJ 2000\4751)]. También la pertenencia a banda armada, «cuya antijuridicidad se prolonga durante el tiempo de permanencia» [STS de 31 de enero de 2000 (RJ 2000\179)]. El delito contra la salud pública [AATS de 18 de febrero de 1998 (RJ 1998\1752), 13 de octubre de 1999 (RJ 1999\8349), 1 de diciembre de 1999 (RJ 1999\8623)]. El delito ecológico, cuya «acción delictiva no puede considerarse instantánea sino de tracto permanente al menos hasta la retirada del tóxico que había permanecido incorrectamente almacenado contaminando el subsuelo» [STS de 5 de mayo de 1999 (RJ 1999\4958)]. Y, sin ánimo exhaustivo, el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas «en cuanto se consume con el comienzo del viaje y no concluye mientras dura la conducción bajo la influencia del alcohol» [ATS de 12 de febrero de 1999 (RJ 1999\497)].

b) Delitos de estado. Distinto es el caso de las llamadas infracciones de estado. En ellas, el tipo pena describe la producción de un estado antijurídico, no su mantenimiento. La consumación es

⁽³⁾ Véase Günter STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I*, trad. a la 2.^a ed. alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, §871.

⁽⁴⁾ STS (Sala 2.^a) de 23 de julio de 1994 (RJ 1994\6715). La STS (Sala 2.^a) de 14 de noviembre de 2000 (fj 1.3), afirma que en los delitos permanentes «se mantiene una situación de antijuridicidad a lo largo de todo el tiempo en el que, por la voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica. En estos casos existe una modalidad de consumación ininterrumpida, hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio antijurídico al que estaba dando vida, manteniendo persistentemente la renovación de la conducta antijurídica». Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín (RJ 2000\8715).

instantánea, y aunque la situación antijurídica creada pueda prolongarse, no hay un comportamiento permanente de ataque al bien jurídico; la acción u omisión antijurídica que da lugar al tipo no es persistente. En estos casos, el día en que se inicia el cómputo de la prescripción es el de la fecha en que se comete el hecho, independientemente de hasta cuándo se extiendan sus efectos.

Para discernir, en fin, si estamos ante un delito permanente o ante un delito de estado, habrá que acudir a la acción típica que constituye la conducta infractora y comprobar si dicho comportamiento se puede prolongar en el tiempo o lo que se prolonga son solamente sus efectos.

F) Delitos de acción y de omisión

El comportamiento humano socialmente relevante puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, esto es, una conducta activa denominada «acción» en el artículo 2-A del CP, que también podemos llamar y un no hacer algo, o sea, una conducta inactiva, denominada «omisión» en el mismo artículo.

Se llaman delitos de acción aquellos en que los que la ley prohíbe la realización de una conducta que se estima nociva. Son delitos de omisión aquellos en que se ordena actuar en determinado sentido que se reputa beneficioso y se castiga el no hacerlo. Así, mientras los tipos de acción se cumplen si se efectúa la conducta que describen, los tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta, lo que no significa necesariamente pasividad, sino la realización de una actividad distinta a la prevista, de modo que el injusto del delito de acción consiste en hacer o que la norma prohíbe, en tanto que el injusto de la omisión estriba en hacer algo distinto a lo obligado por una norma preceptiva.

A su vez dentro de los tipos de omisión se distingue entre los delitos de omisión propia, también llamados de omisión pura, y los delitos de omisión impropia, también denominados de comisión por omisión.

a) Delitos de omisión propia o pura. En ellos se castiga un no hacer. Estos delitos se estructuran en los siguientes elementos:

1. Concurrencia de la situación típica. La ley expresa cuál es la situación en la que se exige al sujeto que actúe (por ejemplo la

omisión del deber de notificar a las autoridades sanitarias las enfermedades transmisibles: art. 188 del CP; o la omisión de dar parte a la autoridad por quien asista a alguien sospechoso de participar en un delito: art. 412 del CP).

2. Ausencia de acción exigida. Igualmente descrita en el tipo. No significa necesariamente pasividad, por cuanto puede consistir en la realización de una conducta distinta de la exigida.

3. Capacidad real de acción. No puede valorarse en abstracto, sino que ha de entenderse en relación con el que omite la acción exigida.

4. Conciencia de la situación típica y decisión de no actuar. Surgen, en relación con tal conciencia, los problemas sobre el dolo eventual.

b) Delitos de omisión impropia o comisión por omisión. Son aquellos en los que el resultado se produce por un no hacer (comisión por omisión) que estaba obligado a realizar en virtud de su posición de garante. Así como en la omisión propia la concurrencia de la situación típica exige un determinado actuar a todos los que se encuentra ante la misma, en la comisión por omisión ha de determinarse por qué a una persona le era exigible un determinado comportamiento y no a los demás, por qué se imputa el resultado a aquél y no a éstos.

Para concretar quiénes son esas personas obligadas a actuar hemos de acudir a la posición de garante que se atribuye a determinadas personas en virtud de los siguientes criterios:

1. Deberes de protección relativos a determinados bienes jurídicos:

a) Vinculación familiar. Posición de garante entre parientes próximos, cuando uno de ellos depende del otro como es el caso de los hijos pequeños respecto de los padres, de los ancianos respecto de sus descendientes.

b) Estrechas relaciones comunitarias. Entre ellas se encuentran las de comunidad de peligro (p. ej., grupo de alpinistas en los que cada uno es garante respecto de los demás). No se aprecia si tal comunidad de peligro no ha sido voluntariamente asumida (p. ej., en un naufragio o en un terremoto).

c) Asunción voluntaria. Son aquellos casos en los que una persona, confiando en la disposición a intervenir expresada por el garante, se expone a un peligro mayor o renuncia a otro tipo de protección (p. ej., el socorrista de la piscina, el guía alpino, el médico o la enfermera).

2. Función de control de una fuente de peligro:

a) Deber de control de la fuentes de peligro que se encuentran bajo su dominio. Se incluye aquí a los dueños o encargados de animales, instalaciones o maquinarias peligrosas, de cuya actuación depende que no produzcan daños.

b) Deber en relación con la actuación de terceros. Lo decisivo es que la generalidad de las personas, a la vista de posiciones de autoridad o de vigilancia, confía en que el obligado domine los peligros de la persona sometida a su control. Es el caso de los encargados de inimputables.

c) Deberes por un hacer precedente peligroso. Quien crea un peligro resulta garante de que no se produzca un resultado lesivo o dañoso (doctrina de la injerencia). Conforme a esta posición, el conductor que atropella a un peatón, si no lo socorre y éste muere, responderá como autor de un homicidio doloso por omisión impropia.

G) DELITO CONTINUADO

1. Concepto

Los delitos continuados se asemejan a los permanentes en que la producción del resultado dañoso se desenvuelve prolongadamente en el tiempo, pero se distinguen de aquéllos en que el delito continuado no entraña la comisión de un único ilícito, sino de una pluralidad de ellos homogéneos entre sí.

En realidad se trata de una ficción jurídica⁽⁵⁾. Por razones de justicia material⁽⁶⁾, y también por razones de índole procesal⁽⁷⁾, la concurrencia

⁽⁵⁾ Véase Francisco MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 198. La jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo niega que el delito continuado sea concebido como una «mera ficción jurídica» destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos, sino como una verdadera «realidad jurídica» que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva. Pueden

de varias acciones u omisiones delictivas opera, cuando se den las circunstancias para ello, como si se tratase de una única infracción: el delito continuado.

En fin, el delito continuado supone dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero ejecutando un plan preconcebido o aprovechando análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o normas de igual o semejante naturaleza. Se caracteriza dicho delito porque cada una de las acciones que lo constituyen representan ya de por sí un delito consumado, pero todas ellas se consideran en sólo delito.

La regulación hondureña (art. 37 del CP) limita la aplicación del delito continuado a los delitos contra la propiedad, en los siguientes términos:

«Cuando se cometa un mismo delito contra la propiedad dos o más veces, bien sea en un solo momento o en momentos diversos, mediante acciones u omisiones ejecutadas en cumplimiento de un plan preconcebido o aprovechando idénticas o similares circunstancias, dichos delitos se considerarán como uno solo continuado.

En tal situación se aplicará al agente la pena más grave, aumentada en dos tercios. En caso de duda, se tendrá por más grave la pena que tenga señalado el máximo más alto.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará si le resulta más favorable al reo la imposición de todas las penas aplicables a los delitos concurrentes.

Lo prescrito en la última parte del segundo párrafo de este artículo y en el párrafo anterior, será aplicable a lo estatuido en el artículo 36».

verse en este sentido, por ejemplo, las SSTS (Sala 2.^a) de 28 de junio de 1999 (RJ 1999\6110), 7 de febrero de 2000 (RJ 2000\308), 19 de junio de 2000 (RJ 2000\6317), 11 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10182), 22 de febrero de 2001 (RJ 2001\479), 30 de mayo de 2001 (RJ 2001\4580) y 25 de junio de 2001 (RJ 2001\5668).

(6) Véase Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal de 1995*, cit., pág. 643-644. Por su parte, la STS (Sala 2.^a) de 18 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6270) señala (fj 11) que fueron «razones de justicia material, de técnica jurídica y de política criminal las que determinaron esa unificación jurídica» en el delito continuado.

(7) Francisco MUÑOZ CONDE, *ibídem*.

2. Requisitos

La doctrina y la jurisprudencia penal han tenido ocasión de precisar los presupuestos necesarios para estimar que estamos ante un delito continuado⁽⁸⁾. Valga como ejemplo lo dicho en la STS (Sala 2.^a) de 24 de abril de 2004 (fj 3)⁽⁹⁾:

[...] hemos dicho reiteradamente que para que pueda apreciarse delito continuado es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales; b) concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebrada y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos; c) realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía; d) unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas; e) unidad de sujeto activo; f) homogeneidad en el modus operandi por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines.

De manera similar, la STS (Sala 2.^a) de 1 de marzo de 1995 (fj 5)⁽¹⁰⁾, expone:

Para la admisión de un delito continuado se hace preciso: a) una pluralidad de hechos, ontológicamente diferenciables, que no hayan sido sometidos al enjuiciamiento y sanción por el órgano judicial, es decir, que, aguardando su conocimiento por el Tribunal, se hallen alineados y pendientes para ello en el mismo proceso; b) existencia de un dolo unitario, no renovado, de un plan alternativo en el que campea unidad de resolución o de propósito, que es, realmente, la razón más acusada, como alma de la plural dinámica comisiva, para fundir las varias acciones en un solo haz estimativo,

⁽⁸⁾ Véase Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal de 1995*, obra colectiva, Comares, Granada, 1998, págs. 644 y ss; más ampliamente, José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997, *passim*.

⁽⁹⁾ Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar (RJ 2004\3458).

⁽¹⁰⁾ Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto (RJ 1995\1903).

hallándose también de una culpabilidad homogénea capaz de ligar las diversas infracciones, y en la que cabe incardinar tanto el dolo planificado como el aprovechamiento de idéntica ocasión; motivando ello que aparezcan como episodios diversos, como fragmentada ejecución, de una real y única programación, los distintos actos sólo interpretables correctamente en clave de unidad; c) unidad de precepto penal violado, entendida en el sentido de que las múltiples actuaciones queden subsumidas en idéntico tipo penal o en semejantes y emparentadas figuras criminosas; d) homogeneidad en el modus operandi, resultando afines las técnicas operativas desplegadas, las modalidades comisivas puestas a contribución; e) identidad de sujeto activo, lo que no es óbice para la posible implicación de unos terceros en colaboración con aquél, cuyas cooperaciones limitadas y singulares quedarían, naturalmente, fuera del juego de la continuidad; f) en general, no se hace precisa identidad de sujetos pasivos, si bien su concurrencia habría de valorarse adecuadamente como dato, altamente indiciario, de la presencia de una continuidad delictiva; g) los bienes jurídicos atacados no han de ser acentuadamente personales, salvo el honor y la honestidad, dado que la incidencia en bienes tan enraizados o inherentes al ser humano, tan trascendentales y primarios para su normal inserción en la vida, imposibilita todo intento unificativo o aglutinador; h) las diversas acciones deben haberse desenvuelto en el mismo o aproximado entorno espacial, sin un distanciamiento temporal disgregador que las haga aparecer ajenas y desentendidas las unas de las otras, lo que habrá de apreciarse en cada supuesto con parámetros de lógica y racionalidad.

Los elementos del delito continuado pueden sistematizarse del siguiente tenor:

1) Pluralidad de hechos no sometidos a enjuiciamiento separado por distintos tribunales y sobre los que no haya recaído aún resolución. Para que pueda hablarse de delito continuado es necesario, en primer lugar, contar con una pluralidad de acciones u omisiones –pluralidad hay cuando existen dos⁽¹¹⁾– que, aisladamente consideradas, serían por sí solas constitutivas cada una de ellas de un delito⁽¹²⁾, aunque, al estar

(11) STS (Sala 2.ª) de 19 de marzo de 2004 (RJ 2004\1848).

(12) Entre otras muchas, pueden verse las SSTS (Sala 2.ª) de 28 de enero de 1988 (RJ 1988\501), 14 de enero de 2003 (RJ 2003\559), 18 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6270) y 30 de junio de

«engarzadas por elementos o conexiones subjetivas y objetivas que las unifican, devienen en unidad jurídica»⁽¹³⁾.

Es preciso, además, que los hechos se acumulen en un mismo procedimiento para ser sancionadas como delito continuado. Ello supone, por un lado, que ninguno de ellos haya sido ya enjuiciado mediante la correspondiente sentencia y, por otro, que la autoridad judicial ante la que se desarrolle el procedimiento sea competente para sancionar todas las infracciones.

2) Homogeneidad del bien jurídico lesionado y de los modos de comisión del delito. La infracción «del mismo o semejantes preceptos penales» ha de entenderse como homogeneidad del bien jurídico protegido, de tal modo que las múltiples acciones puedan subsumirse en una misma figura típica o en varias, siempre que se hallen estrechamente emparentadas entre sí⁽¹⁴⁾. Y, la realización de las acciones «aprovechando idéntica ocasión» –o, al menos, con aprovechamiento «de semejante o análoga coyuntura»⁽¹⁵⁾–, viene a exigir la homogeneidad también de la conducta o del *modus operandi*, es decir, similitud de la forma de ataque al bien jurídico, «por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines»⁽¹⁶⁾.

3) Conexión espacial y temporal. Para poder hablar de «continuidad» se precisa una cierta conexión espacio-temporal entre los diversos hechos: han de ejecutarse «en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía»⁽¹⁷⁾. A través de esta exigencia objetiva se constata el factor subjetivo

2004 (RJ 2004\4912).

(13) STS (Sala 2.ª) de 28 de enero de 1988 (RJ 1988\501).

(14) STS (Sala 2.ª) de 17 de enero de 1985 (RJ 1985\319).

(15) STS (Sala 2.ª) de 17 de enero de 1985 (RJ 1985\319).

(16) STS (Sala 2.ª) de 24 de abril de 2004 (RJ 2004\3458). Como recuerda la STS (Sala 2.ª) de 12 de julio de 2004 (fj 1), la homogeneidad en la técnica comisiva y en los medios comisivos, es un requisito cuya concurrencia cumple con la exigencia legal de que en la realización de las diversas acciones se haya aprovechado idéntica ocasión. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 2004\4199).

(17) STS (Sala 2.ª) de 24 de abril de 2004 (RJ 2004\3458).

aglutinante del «plan preconcebido» o del «aprovechamiento de idéntica ocasión». Como muy bien dice la STS (2.^a) de 21 de enero de 1992⁽¹⁸⁾:

[...] dicha exigencia objetiva, que no está expresa en el texto legal, es más bien medio muy característico de llegar a conocer el elemento subjetivo, ya se base en la existencia de «plan preconcebido», y en el «aprovechamiento de idéntica ocasión», pues es claro que la diversidad de lugares y, sobre todo la mediación de considerables espacios de tiempo entre unas y otras acciones, llevarán al intérprete a negar la existencia de aquellos inexcusables requisitos que están en la base del delito continuado. Pero si se da entre las diversas acciones un cierto ritmo o periodicidad que acrediten que el sujeto bien contó ab initio con tales intervalos de tiempo (plan preconcebido), bien actuó de igual forma al presentarsele ocasión análoga en aquel determinado período temporal (aprovechamiento de ocasiones idénticas), no debe haber inconveniente en admitir la figura continuada.

4) La presencia de un dolo conjunto o designio infractor común a las diversas acciones realizadas. El que obra en «ejecución de un plan preconcebido», actúa con «dolo unitario» que abarca desde el principio todas las acciones plurales a ejecutar⁽¹⁹⁾; esto es –en palabras de la STS (Sala 2.^a) de 4 de julio de 1991 (RJ 1991\5529)–, estamos ante un plan preconcebido cuando hay «una trama preparada con carácter previo, programada para la realización en varios actos», y en la que el dolo unitario «se va reflejando en cada uno de los actos fragmentarios en que se produce la ejecución del total plan preconcebido»⁽²⁰⁾. La STS (Sala 2.^a) de 4 de junio de 1990 (fj 2)⁽²¹⁾ lo explica así:

(18) Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos (RJ 1992\281).

(19) El dolo unitario «transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos». SSTS (Sala 2.^a) de 2 de octubre de 1998 (RJ 1998\8038), 11 de junio de 2001 (RJ 2001\10315), 21 de octubre de 2002 (RJ 2002\9131) y 24 de abril de 2004 (RJ 2004\3458).

(20) Esta doctrina se reitera en las SSTS (Sala 2.^a) de 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000\8474), 20 de octubre de 2000 (RJ 2000\8278) y 14 de marzo de 2003 (RJ 2003\2263).

(21) Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 1990\5117).

[...] este concepto requiere que los hechos hayan podido ser previstos en conjunto por el autor antes de comenzar su realización. Pero, cuando las circunstancias en las que se llevó a cabo la ejecución se han presentado en un tiempo tan dilatado que no las hacía inicialmente previsibles, resulta claro que el autor no pudo haber preconcebido un plan, pues éste presupone una definición de objetivos más o menos precisos y de los medios para alcanzarlos, que no se da cuando el autor sólo tiene un proyecto más o menos indeterminado de cometer delitos desconectados entre sí.

Por su parte, el que obra «aprovechando idéntica ocasión», actúa con «dolo de continuación», renovándose la voluntad delictiva cada vez que se presenta una ocasión idéntica a la precedente. Como dijo la STS (Sala 2.^a) de 4 de junio de 1990 (fj 2)⁽²²⁾:

[...] La idéntica ocasión no se confunde con ocasiones similares ni se limita al aspecto similar exterior de los hechos, pues, si así fuera habría que admitir la continuidad, prácticamente, en todo concurso real homogéneo. Es por ello que, en todo caso ese aspecto exterior del hecho debe ir acompañado de un «dolo de continuación» que, en principio, no se identifica con el concepto de «plan preconcebido» [...]. Se trata, por lo tanto, de una ocasión que por sí misma permita una realización repetida de acciones análogas, de tal manera que el dolo de cada una de esas repetidas realizaciones aparezca como una continuación de la decisión anterior. Como es claro, ello no ocurre cuando los hechos carecen de un contexto temporal dentro del cual se pueda pensar en la continuación de un hecho ya cometido aprovechando el mantenimiento de las circunstancias que favorecieron el primero de ellos.

5) Identidad subjetiva. Finalmente, el sujeto o sujetos activos (autores y partícipes) del delito continuado han de ser los mismos. No es obstáculo para la aplicación del delito continuado, el hecho de que haya una pluralidad de partícipes entre los que se aprecie una coordinación o conexión lógica⁽²³⁾. No es siempre exigible, por el

⁽²²⁾ Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 1990\5117). Su doctrina se reitera en las SSTS (Sala 2.^a) de 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000\8474), 20 de octubre de 2000 (RJ 2000\8278) y 14 de marzo de 2003 (RJ 2003\2263).

⁽²³⁾ STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a) de 20 de

contrario, identidad del sujeto pasivo, de manera que los delitos continuados pueden afectar u ofender a diversos sujetos, sin ninguna relación entre ellos⁽²⁴⁾; «en general, no se hace precisa identidad de sujetos pasivos, si bien su concurrencia habría de valorarse adecuadamente como dato, altamente indiciario, de la presencia de una continuidad delictiva», nos dice la STS (Sala 2.ª) de 1 de marzo de 1995⁽²⁵⁾.

H) DELITO CONEXO

Su examen ha de hacerse desde dos perspectivas: sustantiva y procesal.

1. Sustantiva

Constituye una variedad del llamado concurso de delitos, dentro del cual se distingue entre concurso real y concurso ideal; a su vez, el concurso ideal admite dos variantes, a saber: el concurso ideal propiamente dicho y el concurso medial. Examinaremos todas estas variantes por separado.

a) Concurso real o material (pluralidad de acciones y de delitos)

Se da ante una pluralidad de acciones constitutivas, a su vez, de una pluralidad de preceptos penales violados. Cabe que nos encontremos ante la violación de un mismo precepto varias veces, o bien ante la violación de preceptos diferentes, pudiéndose entonces hablar, respectivamente, de concurso real homogéneo o heterogéneo.

El tratamiento punitivo del concurso real debe ser, en principio, el de la acumulación de penas, como respuesta a la regla general de que «a cada delito su pena» (quot delicta, tot poenae), que no es más que una plasmación del principio de justicia retributiva consistente en «dar a cada uno lo suyo» (suum cuique tribuere). De modo que, cometidos varios delitos por un determinado sujeto, deben serle impuestas «todas» las sanciones correspondientes a cada uno de ellos. Este es

mayo de 2004 (JUR 2004\189373).

⁽²⁴⁾ «Siendo en general indiferente que ofendan a uno o a varios sujetos», afirma la STS (Sala 2.ª) de 30 de junio de 2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 2004\4912).

⁽²⁵⁾ Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto (RJ 1995\1903).

el sistema seguido por el Código Penal hondureño (art. 35) y también por el español (art. 73). Otra opción es el sistema de exasperación de la pena, consistente en imponer una sola pena agravada como si se tratara de una especial cualificación.

b) Concurso ideal o formal (unidad de acción y pluralidad de delitos)

Cuando una misma acción infringe varios tipos penales, o varias veces el mismo tipo, estamos ante el llamado concurso ideal o formal. La jurisprudencia considera que «la base estructural del concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal»⁽²⁶⁾.

No parece razonable que tenga igual significación punitiva una acción que da lugar a una sola infracción que esa misma acción cuando produce varias infracciones. En este último caso, la aplicación de uno solo de los tipos sancionadores no basta para colmar el desvalor de la conducta⁽²⁷⁾; pero, por otro lado, la aplicación acumulativa de las sanciones previstas para todas las infracciones concurrentes, podría suponer la vulneración del *ne bis in idem*. El sistema que se adopte, a la hora de encarar las consecuencias punitivas del concurso ideal, «no podrá olvidar ni que ha habido una sola acción ni que han sido ofendidos varios bienes jurídicos»⁽²⁸⁾.

Las opciones que a tal fin se plantean son la absorción, que implica el castigo únicamente por la infracción que prevea la sanción más grave; o la exasperación, que, tras escoger la sanción más grave, además, la intensifica en su medida, aunque sin llegar a la suma de todas ellas. La solución de la ley penal es ésta última, toda vez que el

⁽²⁶⁾ SSTS (Sala 2.ª) de 15 de marzo de 1988 (RJ 1988\2023), 23 de abril de 1992 (RJ 1992\6783), 22 de mayo de 1993 (RJ 1993\4250), 19 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6925), 2 de marzo de 1998 (RJ 1998\1757), 12 de julio de 2000 (RJ 2000\5756) y 4 de marzo de 2002 (RJ 2002\3727). Esta última resolución, recordando lo expuesto en la STS de 23 de abril de 1992 (RJ 1992\6783), conocida como la del «síndrome tóxico», advierte: «En los más antiguos precedentes de esta Sala se consideró que para determinar la diferencia entre el concurso ideal y el real lo decisivo es la unidad o la pluralidad de acciones, sin tomar en cuenta el número de resultados.»

⁽²⁷⁾ Tal es el parecer, por ejemplo, de Francisco MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, op. cit., pág. 195; y de Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal de 1995*, op. cit., pág. 668.

⁽²⁸⁾ Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal...*, cit., pág. 642.

artículo 36.II del CP precisa que, cuando un solo hecho constituya dos o más delitos, «se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada en una cuarta parte», cuestión delicada que abordaremos en extenso en el tema relativo a la pinibilidad (también el art. 77.2 del CP español opta por la solución de la exasperación de la pena).

c) Concurso medial (pluralidad de acciones y pluralidad de delitos)

Nos encontramos ante un concurso medial de delitos, también conocido como teleológico o instrumental, cuando una de ellos es «medio» necesario para cometer el otro. En este caso hay pluralidad de acciones y también pluralidad de delitos. Es, por tanto, una modalidad del concurso real, aunque la íntima conexión teleológica entre las infracciones cometidas (de medio a fin), la «unidad de intención» existente entre ellas, lleva al legislador a entender que existe «unidad de acción» y a darle, por tanto, un tratamiento punitivo idéntico al del concurso ideal⁽²⁹⁾. Lo expresa bien la STS (Sala 2.ª) de 19 de septiembre de 1996 (fj 8)⁽³⁰⁾:

[...] si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutiva cada una de un delito pero ofreciéndose uno de ellos como puente o medio necesario para la comisión de otro u otros, se perfila el concurso medial, también denominado instrumental o teleológico, al comprobarse una relación de medio a fin entre los delitos generados por las varias acciones; propiamente se trata de una modalidad o subforma del concurso real, que en nuestro Derecho se acarrea, al tiempo de su penalización, al sistema propio del concurso ideal⁽³¹⁾.

Con anterioridad, la STS (Sala 2.ª) de 7 de julio de 1992⁽³²⁾ señalaba que el concurso medial, «de naturaleza mixta, ideal y real,

⁽²⁹⁾ Como apunta la STS (Sala 2.ª) de 13 de abril de 2004, «parece que el fundamento de tal asimilación punitiva, de un caso de concurso real a las normas del concurso ideal, con la posible atenuación que ello supone, se encuentra en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador español asimila al caso de unidad de acción». Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer (RJ 2004\3260).

⁽³⁰⁾ Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto (RJ 1996\6925).

⁽³¹⁾ Lo mismo se puede leer, por ejemplo, en las SSTS (2.ª) de 15 de marzo de 1988 (RJ 1988\2023) y 12 de julio de 2000 (RJ 2000\5756).

⁽³²⁾ Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 1992\6142).

contempla diferentes acciones que enlazadas por un vínculo de conexidad son contempladas como un delito único». En fin, similares consideraciones se hacen en la STS (Sala 2.^a) de 6 de mayo de 2004 (fj 23)⁽³³⁾:

[...] Para el supuesto de delito medio para la comisión de otro, realmente lo que regula es un concurso real con los efectos en la penalidad del concurso ideal. Por ello es llamado doctrinalmente concurso ideal impropio. La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como de unidad de acción.

El Código Penal ofrece al concurso medial el mismo tratamiento punitivo que al concurso ideal. En su artículo 36 determina que, en el caso de que un delito sea medio necesario para cometer otro, «se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada en una cuarta parte»; es decir, opta por la regla de la exasperación: se impone sólo la sanción correspondiente al delito más grave, pero incrementándola.

En cualquier caso, la conexión entre las infracciones ha de ser tan íntima que si faltase una de ellas no podría haberse cometido la otra; la relación de medio a fin entre una y otra infracción ha de ser «necesaria», de manera que la comisión de un hecho lleve inexorablemente a la comisión del otro. No cabe hablar, por tanto, de concurso medial cuando las infracciones tengan una naturaleza autónoma. Por eso, la jurisprudencia y la doctrina⁽³⁴⁾ exigen, con razón, que el concurso medial sólo quepa apreciarlo cuando exista una relación de «necesidad» entendida en sentido concreto, real y restrictivo. La STS (Sala 2.^a) de 12 de julio de 2000 (fj 4)⁽³⁵⁾ lo expresa así:

[...] El concurso medial que se contempla, parte de que las diversas acciones no sólo aparezcan concatenadas por un propósito delictivo penal, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales, o,

⁽³³⁾ Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 2004\5018).

⁽³⁴⁾ Por ejemplo, Francisco MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, op. cit., pág. 196.

⁽³⁵⁾ Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar (RJ 2000\5756).

cual expresa el texto legal, que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro, conexidad de medio a fin que dota de unidad a la plural iniciativa delictuosa (cfr. las sentencias de 25 de mayo de 1990 [RJ 1990\4202] y 15 de abril y 7 de julio de 1992 [RJ 1992\3059 y RJ 1992\6142]). El «medio necesario» a que alude el precepto no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, o sea, real y concreto, con referencia a la particular situación fáctica. Necesaria se ofrecerá una de las acciones cuando aparezca, en apreciación racional de los hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción. Para que proceda la estimación del concurso ideal –expone la sentencia de 9 de febrero de 1990 (RJ 1990\1361)– no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual.

Desde luego, ha de descartarse el concurso medial –indica la STS (Sala 2.^a) de 6 de mayo de 2004 (fj 23)⁽³⁶⁾– cuando la concurrencia de delitos sea una «mera contingencia dependiente de la voluntad del autor»; y añade:

[...] la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación concursal medial se producirá cuando la relación sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes.

⁽³⁶⁾ Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 2004\5018).

En fin, el artículo 36 del Código Penal se refiere a «medio necesario», «es decir, ineludibles por parte del autor» (STS de 18 de diciembre de 2002)⁽³⁷⁾. Este criterio no está reñido con que la valoración de la «necesidad» se haga en concreto, atendiendo a las circunstancias del caso, tal y como exponen las SSTs de 22 de septiembre de 2001⁽³⁸⁾ y 9 de octubre de 2002⁽³⁹⁾: «la determinación de cuándo un delito es medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos».

Por lo demás, es de retener que la existencia o no de concurso medial nada tiene que ver con el principio del *ne bis in idem* y, por ende, no es objeto de tutela a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales. La STS (Sala 3.ª, Sección 7.ª) de 14 de noviembre de 1997 (fj 3)⁽⁴⁰⁾ lo expresa así :

[...] El problema de si existe un concurso medial (también denominado concurso ideal) o un concurso real de infracciones [...] es una cuestión de apreciación de los hechos en relación con la interpretación de las normas jurídicas que se consideran infringidas, cuestión que ninguna relación guarda con el principio constitucional *non bis in idem*, por más que se mencione una aislada sentencia del Tribunal Supremo. No debemos por tanto entrar a decidir si ha existido o no, en todo o en parte, concurso medial de infracciones entre las que las dos resoluciones sancionadoras han estimado cometidas por don Manuel R. R., por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria, centrada en la interpretación y aplicación que se haga de las normas sancionadoras, que repercute en la sanción que debe ser impuesta, pero que no afecta al principio *non bis in idem* en su aspecto material, que impide que «el mismo hecho» sea objeto de dos sanciones diferentes penal y administrativa, o bien de dos procedimientos y dos sanciones distintas de carácter administrativo. Aquí no se trata de que la Administración haya sancionado dos veces el mismo hecho, sino de si la interpretación

⁽³⁷⁾ Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 2003\2226).

⁽³⁸⁾ Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín (RJ 2001\8507).

⁽³⁹⁾ Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar (RJ 2002\9161).

⁽⁴⁰⁾ Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Goded Miranda (RJ 1997\9500).

y aplicación de las normas que establecen las distintas infracciones conduce a estimar que se ha producido un concurso medial (concurso ideal) o un concurso real de infracciones, problema que, como hemos expuesto, resulta ajeno al objeto de este procedimiento especial y sumario, que debe ceñirse a enjuiciar las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales amparados por la Constitución.

2. Procesal

Desde la perspectiva procesal hay que distinguir entre:

- a) Delitos que son juzgados en distintos procesos por no existir conexión.
- b) Delitos en los que existe conexión. Estos delitos se juzgan en un solo proceso y se castigan con una sola pena (acumulación material). La conexión existe en los siguientes casos:
 - 1) Delitos cometidos simultáneamente por dos o más personas en forma conjunta.
 - 2) Delitos cometidos por dos o más personas en distintos lugares o momentos, si hubiere precedido concierto para ello.
 - 3) Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.
 - 4) Los cometidos para facilitar la impunidad de otros delitos.
 - 5) Los diversos delitos que se imputen al procesado al incoársele causa por cualquiera de ellos, si tuvieran analogía o relación entre sí, a juicio del tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces objeto de proceso.

Los delitos conexos pueden aparecer en una misma sentencia como concurso real de delitos o concurso ideal.

Lección 5: El dolo: tipo de injusto del delito doloso, elementos, clases. Error de tipo. Otros elementos subjetivos del tipo injusto.

El tipo del injusto tienen una doble vertiente, el tipo objetivo o acción descrita en el precepto penal y el tipo subjetivo, mas difuso y difícil de probar, pues normalmente pertenece al arcano de la conciencia del sujeto activo y no admite mas prueba directa que el propio reconocimiento o antigua confesión, prueba de ordinario inexistente, por lo que es preciso acudir a la prueba indiciaria, piensesé si no, como advenir la existencia del ánimo de lucro en los delitos contra la propiedad.

Se suele definir el dolo, como la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito y a ello es a lo que se refiere el art 13 del Código, cuando advierte que el delito puede ser realizado por acción o por omisión. El delito es doloso cuando el resultado responde a la intención que se tuvo al ejecutarlo.

El delito es culposo cuando es resultado de imprudencia, impericia, negligencia, inobservancia de las leyes o reglamentos, órdenes, deberes o disciplinas atendidas sus circunstancias y la situación personal del delincuente, y solo es punible en los casos expresamente determinados por la ley.

No resultaba difícil descubrir en dicho precepto en su redacción originaria, los distintos caracteres del delito. Expresamente se hallaban recogidos los elementos de la acción, de la culpabilidad (El delito es doloso..... El delito es culposo) y la punibilidad (solo es punible). La antijuridicidad y la tipicidad igualmente se desprendían de la formula "solo punible en los casos expresamente determinados en la ley", ya que si la ley recoge una conducta como delito, lo es para penarla, y si la pena, lo es a su vez porque la considera antijurídica.

La reforma operada en el mencionado artículo por Decreto 191-96 precisó más el concepto, como luego analizaremos, del delito doloso, al establecer que: " el delito puede ser realizado por acción o por omisión y necesariamente debe ser doloso o culposo. El delito es doloso cuando el resultado responde a la intención que se tuvo al ejecutarlo o cuando el autor sabe o esta obligado a saber que como consecuencia de la acción u omisión existe la posibilidad de que se

produzca un efecto dañoso constitutivo de delito, no obstante lo cual ejecuta el hecho y acepta, por ende, las consecuencias que del mismo se derivan”.

Al hacerse referencia, tras la reforma del mencionado artículo, a que “el delito únicamente puede ser realizado por acción u omisión y necesariamente debe ser doloso o culposo”, parece plasmar la voluntad del legislador de expulsar del campo del derecho penal, la llamada responsabilidad objetiva, en cuya virtud quien voluntariamente realiza un hecho delictivo responde criminalmente de todas las consecuencias conectadas al mismo, con independencia de que dichas consecuencias no fueran ni queridas ni previstas, sin embargo, a la hora de definir que entiende por delito doloso, parece acoger igualmente los llamados delitos cualificados por el resultado, es decir aquellos en que la pena se fundamenta o se agrava en función de los resultados vinculados casualmente a la acción del actor pero no queridos, y quizá no previstos por este, que no es sino una manifestación de la responsabilidad objetiva.

Para los finalistas, el dolo está situado dentro de la acción, no se concibe un actuar que no persiga una finalidad concreta y determinada, por el contrario los partidarios de la concepción causalista tradicional, incluyen el dolo dentro de la culpabilidad, manifestándose en el reproche social que recibe la conducta del agente, la cual puede tener diversa intensidad, constituyendo las categorías fundamentales el dolo, la culpa o imprudencia y una intermedia cual es la preterintencionalidad.

La estructura del dolo ofrece una doble vertiente, y así el elemento intelectual, exige conocer que es lo que se hace y los elementos que caracterizan la acción como típica, refiriéndose obviamente a los elementos que caracterizan la acción OBJETIVAMENTE como típica., es decir el sujeto, la acción, el resultado, la relación causal y el objeto material. Que conozca lo ilícito de su hacer, como por ejemplo creer que se actúa en legítima defensa incorrectamente, pertenece a otros elementos.

El conocimiento ha de ser actual, no bastando con el potencial, no es suficiente que debiera haberlo sabido y basta un conocimiento aproximado, es decir lo que se conoce como “valoración paralela en la esfera del profano”

El segundo elemento, siguiendo con la estructura es el volitivo, o lo que es lo mismo, que es necesario querer realizar la acción. No debemos confundirlo con los móviles del delito, normalmente ajenos al mismo. Tampoco significa que se quieran todas las consecuencias del delito, bastará con aceptarlas como inevitables. En algunos casos, hay otros elementos subjetivos del injusto, fundamentalmente dolos redundantes o especiales, sin los cuales la acción es atípica, pensemos así en el ánimo de injuriar que permite diferenciar una expresión objetivamente ofensiva pero que en función de las circunstancias en que se emite, puede demostrar la ausencia de dicho ánimo específico convirtiéndola en un actuar impune, o la ausencia de dolo falsario en quien emite un cheque falsificando la firma en una clase universitaria para explicar como funciona el título valor en el tráfico mercantil.

Tradicionalmente distingue la doctrina entre las clases de dolo en función de la intensidad de los dos elementos intelectual y volitivo, y así, consideraremos dolo directo o de primer grado el consistente en querer realizar precisamente el resultado expresamente prohibido por la Ley o la acción típica si de lo que se trata es de delitos de mera actividad. Suele definirse por el legislador con el empleo de expresiones tales como de propósito, intención o malicia.

En la doctrina se producen denodados esfuerzos por extinguirlo del dolo directo de segundo grado, es decir aquel en el que no deseándose directamente el resultado consecuencia se admite como necesariamente unida al verdaderamente pretendido, diferenciación de escasa trascendencia práctica.

Mas compleja y delicada es la cuestión relativa al dolo eventual, y no por su distinción del dolo directo , normalmente de segundo grado , sino por la línea difusa con la culpa consciente , donde la distinción es trascendental , hasta el extremo de que si el Código no permite la punición culposa, la acción será obviamente atípica.

En el dolo eventual, el autor se representa el resultado, pero aunque entiende que es de probable comisión, pese a que no querer producirlo, sigue actuando admitiéndolo.”cuenta con el “,”admite su producción”, “acepta el riesgo”. En el art 13 , con claridad se expresa que “existe la posibilidady acepta “.

Las fórmulas para diferenciarlo de la culpa consciente, responden a la teoría de la representación, es decir el autor se representa el

resultado como de muy probable producción o a la teoría de la voluntad o del consentimiento, conforme a la cual si el autor no hubiera actuado de considerar seguro el resultado, estaremos ante la culpa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha permitido admitir la existencia de dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas, que no tiene seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico, por lo que el dolo eventual no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque este no haya sido deseado por el autor. En la sentencia 1531/2001, de 31 de julio se hace un estudio del dolo directo, del dolo directo de segundo grado, del dolo eventual y de la culpa consciente. Entiende que en estos dos últimos elementos subjetivos del tipo (dolo eventual y culpa consciente) existe una base de coincidencia, en cuanto en los dos se advierte la posibilidad del resultado y no se quiere el mismo. Para la teoría del consentimiento, habrá dolo eventual cuando el autor consienta y aprueba el resultado advertido como posible, y culpa consciente cuando el autor confía en que el resultado no se va a producir. La ulterior teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado cuya posibilidad se ha representado el autor. En el dolo eventual esta posibilidad se representa como próxima, y en la culpa consciente como remota. Otras teorías aplican el dolo eventual entendiendo que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar un resultado prohibido por la Ley, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad. En la jurisprudencia se señalan la teoría del consentimiento y la de la probabilidad o representación como las dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual, indicándose que el Tribunal Supremo, desde hace tiempo, se acerca en sus pronunciamientos de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Pueden considerarse en realidad ambas teorías complementarias, en cuanto que si el resultado se representa como probable, y pese a ello, se lleva a cabo la acción, tuvo que mediar una cierta aprobación o consentimiento del resultado. Esta solución complementaria en lugar de excluyente es a juicio del autor sumamente práctica para los Tribunales de Sentencia.

El Código Penal regula pormenorizadamente que entiende por delito doloso, incluyendo en el artículo 13, las categorías a las que

arriba hemos hecho referencia, por una parte el dolo directo, tanto en primer como en segundo grado “ cuando el resultado responde a la intención que se tuvo al ejecutarlo”, así como el dolo eventual “ cuando el autor sabe, o esta obligado a saber, que como consecuencia de la acción u omisión existe la posibilidad de que se produzca un efecto dañoso constitutivo de delito, no obstante lo cual ejecuta el hecho y acepta por ende, las consecuencias que del mismo se derivan”. El código parece recoger a la hora de regular el dolo eventual una teoría ecléctica, resultado de mezclar la teoría de la probabilidad y la del consentimiento, al utilizar indistintamente, los términos “posibilidad” y “ aceptación”. Sin embargo al utilizar el termino “ acepta por ende” y “ posibilidad”, el legislador a nuestro entender, extiende excesivamente el concepto de dolo, abarcando la culpa consciente, englobando dicha figura dentro del dolo eventual.

Centrándonos en el tema del error, definiremos tal como la falta de conocimiento o conocimiento equivocado que incide sobre el dolo.

El antiguo error de hecho, hoy conocido como de tipo, no consiste sino en el desconocimiento de los elementos del tipo, excluyente del dolo y que si es vencible conllevaría la comisión imprudente si así se tipifica expresamente en el código, pues de lo contrario se traducirá en la impunidad. El error vale tanto para los elementos normativos (ajenidad de la cosa hurtada, concepto de documento a efectos de falsedad), como para los elementos descriptivos del tipo (cosa, explosivo)

En los normativos, basta con exigir la “valoración en la esfera del profano”y debemos recordar que cualquier otro error no afecta al dolo (causas de antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad)

Las modalidades particulares del error de tipo suelen consistir en el error en el objeto que se producirá cuando el agente dirige su acción contra un objeto distinto de aquel sobre el que quería dirigirla, así un cazador furtivo quiere disparar a un ciervo y por error, al confundirlo en la espesura, dispara contra un guardabosque matándolo. El supuesto más común es el denominado error in personan, esto es cuando el sujeto toma a una persona por otra, A quiere matar a B, pero dispara contra C, al confundir a C por B. En los supuestos de error en el objeto es preciso distinguir varios supuestos, ya que hay errores que no cambian la valoración jurídica de las cosas, así si una persona se apropia con animo de lucro de una determinada cantidad de dinero que ha recibido en deposito o administración,

creyendo que el dinero es del gerente de la empresa, y luego resulta que el dinero pertenecía a otro empleado, ello es intrascendente en la medida que lo que se castiga es la apropiación indebida de lo ajeno. Igualmente en el error en la persona, y volviendo al ejemplo arriba expuesto, si A quiere matar a B y por confundirlo en la oscuridad mata a C, la muerte de C en lugar de la de B resulta irrelevante, pues lo que castiga el código es la muerte de una persona, a no ser que la persona que muera por error tenga un vínculo con el homicida, que en otra situación hubiera conllevado una calificación jurídica de Parricidio. La doctrina alemana en tal supuestos viene considerando que estaríamos en presencia de dos delitos, uno doloso en grado de tentativa respecto de la persona que se quería matar, y otro imprudente consumado respecto de la que efectivamente se mató. Dicha construcción doctrinal será válida en función de la regulación legal que cada código penal establezca,

El error en el golpe o “*aberratio ictus*” se da cuando el sujeto dirige su acción sobre el objeto que verdaderamente se proponía pero la misma recae sobre otro distinto: A quiere matar a B, de hecho dispara contra B, pero el proyectil impacta en C que se encontraba cercano a B, supuesto en el que entiendo hay un concurso entre un homicidio doloso en grado de tentativa y otro culposo consumado. El error en la relación de causalidad es a nuestro juicio irrelevante y el error en los elementos accidentales del delito, está expresamente recogido en el art 20 del código hondureño.

El error de prohibición se da cuando el sujeto quiere realizar la acción y quiere el resultado, de hecho lo realiza, pero desconoce que esa conducta está castigada o recogida como tal en el código penal, o por el contrario entiende que actúa lícitamente por concurrir una causa de justificación exculpante, siendo paradigmática la legítima defensa putativa, que es un típico caso de error de prohibición, esto es aquel que mata a otro con la intención de salvar su vida, ante la creencia errónea que se está siendo objeto de una agresión ilegítima y por lo tanto que está actuando en legítima defensa, o la mujer en cinta extranjera que de propósito causa su aborto al estar convencida de que en Honduras el aborto no constituye un delito, o el turista Hondureño que se apodera en España de un camaleón que encuentra en el campo, desconociendo que con ello está cometiendo un delito contra la fauna especialmente agravado, al tratarse de una especie en peligro de extinción. Obviamente en estos supuestos, habrá que distinguir para determinar si el dolo debe de excluirse o no, si el error es vencible o invencible, lo cual a su vez dependerá de las

circunstancias personales, culturales etc. que concurren en la persona que realiza el hecho. Así por ejemplo, en el caso de la ciudadana extranjera que aborta en nuestro país, podría afirmarse que estamos en presencia de un error vencible, pues nada hubiera impedido que previamente se informara al respecto, en el segundo ejemplo que hemos puesto, al ser los delitos contra la fauna y flora más excepcionales en las legislaciones, y ser el camaleón un animal que no en todas las partes del mundo goza de protección, puede pensarse que el error en tal supuesto resulta invencible. Algunas legislaciones al regular el error de tipo en general excluyen la pena si es invencible y la incriminan a título de imprudencia cuando es vencible (así el artículo 14 del código penal español). El error igualmente puede recaer sobre elementos que agravan la pena o la atenúan.

El artículo 20 del Código penal establece que “ A quien por error o por cualquier otro accidente cometiere un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra quien haya dirigidos su acción se le imputará el delito, pero no las circunstancias agravantes que proceden del ofendido o de vínculos con este. Las atenuantes que dimanarían del hecho si se hubiera perpetrado en daño de la otra persona, se apreciarán en su favor.”

En principio regula exclusivamente el error de tipo, y en concreto al error en la víctima, excluyendo la posibilidad de atribuirle efectos en general al que hemos denominado error de prohibición, salvo el específico supuesto al que arriba hemos hecho referencia, esto es la legítima defensa putativa, que se regula en el código específicamente como una causa de inculpabilidad, al establecer en el artículo 25 párrafo 3) que está exento de responsabilidad “ quien en la creencia racional de que existe una agresión injusta contra su persona reacciona contra el supuesto agresor, siempre que la agresión sea proporcionada al riesgo supuesto”.

Entiendo que la exclusión de una regulación genérica del error de prohibición es un grave defecto de técnica legislativa, así como la obsesión por el error de tipo en el golpe, fruto este último de la consolidación de los delitos especiales, siendo elocuente la preocupación del legislador por el parricidio que lamentablemente no desaparece en el anteproyecto de Código.

Lección 6: La imprudencia: tipo de injusto del delito imprudente. Acción típica. La lesión del deber de cuidado: a) Concepto de cuidado objetivo; b) El deber subjetivo de cuidado; c) La lesión de cuidado. El resultado. Imputación objetiva. La regulación de la imprudencia en el código penal hondureño. La exclusión de responsabilidad objetiva: caso fortuito y el riesgo permitido.

REGULACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL HONDUREÑO

El artículo 13 en sus párrafos 2 y 3 establece que:“ El delito es culposo cuando es resultado de imprudencia, impericia o negligencia o cuando es producto de la inobservancia de una ley, de un reglamento o de órdenes, resoluciones o deberes atendidas las circunstancias y la situación personal del delincuente. El delito culposo será punible en los casos expresamente determinados en la ley.

En ningún caso la pena de un delito culposo podrá ser mayor que la correspondiente a ese mismo delito si se hubiera cometido dolosamente. Cuando así ocurra se impondrá la pena del delito doloso rebajada en un sexto.”

Varias son las consideraciones que podríamos hacer en torno a éste artículo, la primera de ellas que al hablar de delito culposo y no de infracciones, el mismo código penal deja fuera la posible comisión de faltas por imprudencia. La segunda, es que la comisión imprudente, no solo se asocia a la infracción de normas escritas (leyes, órdenes y reglamentos) sino también a órdenes verbales, resoluciones o deberes, donde mayor dificultad puede encontrarse a la hora de delimitar conductas, es que debe entenderse por el termino deber, parece que el termino debe referirse, a la omisión de deber de cuidado o vigilancia, que a cualquier persona le es exigible. De hecho el código con acertado criterio, se cuida mucho de precisar que esa resolución o deber, ira en función de la persona que comete el delito imprudente, al hacer expresa referencia a “ las circunstancias y la situación personal del delincuente”. Con ello se introduce un adecuado criterio de proporcionalidad, que debe ser tenido en cuenta a la hora de imponer la pena, no solo en cuanto a la cuantía de la misma, sino valorando igualmente las circunstancias que concurren en la persona a la cual se le impone. No obstante, el código ha querido establecer sus propias cautelas al precisar que en ningún caso la pena por el

delito culposo podrá ser mayor que la impuesta por el delito doloso. En tal supuesto deberá rebajarse la pena.

El Código hondureño, opta felizmente por desterrar el crimen culpae, ciñéndose a castigar solo aquellos tipos que expresamente ha considerado y no mediante el empleo de una cláusula genérica de comisión culposa como por ejemplo contempló la legislación penal española hasta el código de 1995.

Elemento importante en todo delito imprudente es la acción, desterrándose en la actualidad cualquier concepto causalista puro, finalista estricto por no poder explicar la omisión e incluso la imprudencia en sí, pues para Welzel, siendo la acción un comportamiento dirigido a un fin, no es factible encuadrar la imprudencia, en la actualidad es el concepto social traducido en la imputación objetiva el que gracias a Jescheck, se viene imponiendo.

Además de la acción, el resultado como modificación exterior provocada por la conducta humana, tanto en su acepción material como efecto natural de la acción, como en el jurídico como lesión del bien jurídico protegido, esto último trascendental en los delitos de peligro, tiene necesariamente que existir para podernos plantear la existencia del delito por comisión imprudente.

Finalmente, debe mediar entre acción y resultado una relación de causalidad. Al efecto, han existido numerosas tesis doctrinales para entender como causa a efectos de imputación penal, algo más que un concepto puro al estilo de lo que definió Stuart Mill, como “antecedente necesario y eficiente de un fenómeno”, ya que el antecedente no suele pro lo general ser único.

Para quienes defendieron la teoría de la equivalencia de las condiciones, como Von Buri, vale todo lo que suprimido mentalmente evitara el resultado, siendo clásicos los absurdos a los que la teoría podría llevar, como imputar el adulterio al carpintero que construyó el lecho o la pérdida de la guerra al herrero que se equivocó con la herradura del caballo del correo.

La doctrina de la acusación adecuada es un paso más, y así Cuello Calón, excluye aquello que conforme a la experiencia no fuera adecuado para producir el resultado, contando con el inconveniente de precisar un juicio probabilística y que no es otro que el que el hombre medio hubiera podido prever, tesis relacionada con la obligación de

cuidado objetivo tan extendida por la jurisprudencia en actividades de riesgo como el tránsito viario.

Si además exigimos que sea relevante daremos la razón a Mezger y si consideramos que debe ser aquello que por sí solo, sin necesidad de más factores determinantes, hubieran producido el resultado estaremos ante la doctrina de la causa eficiente.

Como anticipamos, la escuela de Roxin, y en la actualidad Jescheck, defienden con éxito la teoría de la imputación objetiva, que es una feliz unión entre la equivalencia de las condiciones y la creación de un peligro objetivamente imputable. Exige en primer término, la creación de un riesgo no permitido o aumentar uno ya existente, y lo que es más relevante, que se produzca un resultado dentro del ámbito de protección de la norma infringida

La jurisprudencia tras haber seguido en su día la teoría de la equivalencia de las condiciones, solo mitigada en casos como la inobservancia del plan curativo, enfermedades preexistentes o gangrenas o infecciones hospitalarias, en los años sesenta acogió la teoría de la causalidad adecuada y en la actualidad, bajo la denominación de “causalidad jurídica” se acepta la imputación objetiva. Como muestra valga por todas, el siguiente extracto de la sentencia de 15 de octubre de 1992 que nos enseña como en la antigua jurisprudencia, fue teoría predominante sobre el tema de la relación de causalidad, la de la equivalencia de las condiciones, posteriormente se siguió el criterio de la causalidad adecuada, si bien en algunas de las resoluciones se apreciaban matices diferenciales en dicho nexo causal al contraponer causalidad material a causalidad jurídica. La Sentencia de 20 de mayo de 1981 separaba en distintos planos la relación causal y la llamada imputación objetiva, acudiendo a las dos teorías aludidas para determinar aquella y haciendo de la imputación objetiva del resultado una categoría independiente, de carácter normativo e inscrita en el ámbito de la tipicidad que elegía la condición por sus notas de adecuación o eficacia, que en la de 5 de abril de 1983 mantenía la adecuación como uno de los criterios, no el único y seleccionado además como criterio orientador el de la relevancia jurídico-penal y toma en consideración el incremento o disminución del riesgo, o el fin de protección de la norma, todo ello con el fin de delimitar objetivamente el ámbito de la responsabilidad del sujeto, antes de actuar los criterios subjetivos inherentes al juicio de culpabilidad que, anteriormente, se utilizaron para restringir el campo de la teoría de la condición.

De forma brillante resume la cuestión la sentencia de 6 de mayo de 2004. El discernimiento del nexo causal que liga un hecho determinado con otro, se resuelve, desde el punto de vista más netamente material, mediante lo que se ha denominado un “experimento mental” (Gedankenexperiment), consistente en suprimir hipotéticamente el hecho dubitado y valorar si, permaneciendo invariables todas las demás circunstancias concurrentes (*cæteris paribus*), puede afirmarse con certidumbre científica que el resultado se hubiera producido igualmente.

Este método es válido para descartar, pero se considera insuficiente para afirmar, dada la generalidad de su presupuesto. Por eso, el criterio que en él se sustenta, conocido como de la equivalencia de las condiciones, fue explicablemente criticado, surgiendo otros complementarios que permitieran concretar aquel factor causal que verdaderamente resulta relevante desde el punto de vista del tratamiento jurídico penal del hecho conflictivo.

Así se desarrollaron, entre otras, las pautas de la causalidad adecuada, de la causalidad jurídica y, más recientemente, de la imputación objetiva.

En mayor o menor medida, todas ellas tienen en cuenta la relación de sentido que ha de mediar entre la supuesta causa y el efecto comprobado, partiendo del propósito perseguido por la norma penal que describe el tipo de una infracción de aquella naturaleza, entendido como prohibición de producir un resultado concreto, que se pretende prevenir conminando su causación con la imposición de una pena.

Los penalistas, en efecto, no se contentan con verificar la existencia de un nexo de causalidad material, sino que reclaman, además, que la conducta causante materialmente de la lesión o de la muerte sea reconocida como “adecuada”, por sus características, para ocasionarlas, porque se ajusta al modelo de conducta arquetípico del delito y porque -teniendo en cuenta el interés que la norma pretende proteger- aumentaba el peligro de su producción más allá de lo socialmente tolerable. En tal caso, el resultado es “objetivamente imputable”, esto es, hay razones, desde el punto de vista social, para ponerlo a cuenta de la conducta que materialmente lo causó.

En la práctica judicial este punto de vista terminó por imponerse. Resulta de gran interés -por resumir muy bien la doctrina jurisprudencial dominante- la Sentencia 1671/2002, de 16 de octubre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: "... La jurisprudencia de esta Sala sigue en la determinación de la relación de causalidad la teoría de la imputación objetiva a través de la que se pretende explicar la relación que debe existir entre la acción y el resultado típico.

"Esta construcción parte de la constatación de una causalidad natural entre la acción y el resultado, constatación que se realiza a partir de la teoría de la relevancia, comprobando la existencia de una relación natural entre la acción y el resultado. Esta constatación es el límite mínimo, pero insuficiente para la determinación de la atribución del resultado a la acción, por lo que se hace necesario verificar:

a) Si la acción ha creado, o incrementado, un riesgo jurídicamente desaprobado.

b) Si el resultado producido por la acción es concreción de la acción. Com asevera la STS 1611/2000, de 19 de octubre: "caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal." La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a estos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado. ...".

La clave del análisis del tipo imprudente de acción es la infracción del deber objetivo de cuidado, o dicho de una forma gráfica,

comparar la acción realizada y la que debería haberse realizado por el deber de cuidado medio.

El concepto que nos ocupa surge de comparar lo juzgado con lo que hubiera hecho un hombre razonable y prudente y necesita del concepto de la previsibilidad que concurre siempre en la práctica, y de la desatención de las “reglas de cuidado”. Dichas reglas, a veces son claras y predeterminadas, como ocurre por ejemplo, con la nueva ley de Tránsito en materia de seguridad vial, pero otras no tanto, como sucede con los protocolos, en las imprudencias médicas. Una imprudencia consiste en la inexcusable inobservancia del deber de cuidado exigible objetivamente en el desarrollo de una actividad que pueda ser fuente de riesgo; y es más o menos grave de acuerdo con la mayor o menor diligencia que requería la importancia mayor o menor del bien jurídico comprometido.

La jurisprudencia advierte que, cuando están en juego valores tan trascendentales como la vida o la salud de las personas, descuidos que serían tratados en otro caso con más benevolencia, son tenidos por imprudencia grave (temeraria).

La medida de la diligencia o negligencia del profesional sanitario, algo muy en boga en los países más avanzados donde en materia de responsabilidad civil se está cuajando en una responsabilidad cuasi – objetiva, nos dice el Tribunal Supremo español viene dada por un canon o “standard”, cual es la denominada “lex artis”, las reglas del arte médico, o, como se define en una obra especializada, tributaria de criterios de un autorizado sector de penalistas alemanes, “... las reglas generalmente reconocidas -como las apropiadas para un tratamiento médico correcto- por la ciencia médica ...”.

El fallo del arte médico (“Kunstfehler”) se concreta así en un fallo de tratamiento (“Behandlungsfehler”), que -se advierte- no es cuestión jurídica, sino que ha de ser resuelto con arreglo a la información proporcionada por el perito médico.

La pauta de la corrección técnica es eminentemente circunstancial. La “lex artis” es “lex artis ad hoc”. Dependen de circunstancias personales del sujeto, de lugar, de tiempo y de medios.

La Sentencia de 13 de noviembre de 1992 razona así, a este respecto: “la dificultad radica en precisar esa medida de exigibilidad que, desde luego, siempre ha de fijarse teniendo en consideración, no un deber objetivo en abstracto, sino una forma de comportamiento en relación siempre con las cualidades concretas del sujeto a quien tal infracción se imputa y las particulares circunstancias en que éste se encontraba cuando el hecho se produjo, todo ello para luego poder comparar la conducta de autos con aquélla que suele observar un ciudadano medio con esas mismas cualidades y en esas mismas circunstancias.” Y esto es lo que ha de hacerse cuando de actuaciones médicas se trata, examinar las circunstancias concretas en que el profesional se encontraba, la preparación específica que le fue exigida para el puesto que desempeñaba, los medios que tenía a su disposición para su trabajo, la clase de intervención de que se trataba, la forma en que ésta se realizó, etc., todo ello a fin de poder comparar el comportamiento del caso concreto con aquel que ordinariamente observa la clase médica en las mismas o similares circunstancias, para afirmar que hubo imprudencia cuando el obrar del acusado no se ajustó al módulo así obtenido. Los simples errores científicos o de diagnóstico no pueden ser objeto de sanción penal, a no ser que sean de magnitud tal que de modo evidente se aparten de lo que hubiera detectado cualquier médico de nivel y preparación similar y con semejantes medios a su alcance, y lo mismo cabe decir de la mayor o menor precocidad o rapidez en el diagnóstico de algunas enfermedades que, como la gangrena gaseosa que aquí se presentó, tan graves consecuencias acarrean si no se detectan en el momento de su aparición inicial.

En último término, es preciso, lesionar el cuidado objetivo y finalmente valorar el resultado, acudiendo lógicamente a las reglas de determinación de la relación de causalidad que antes expusimos.

En definitiva el esquema sería en primer lugar, una conducta humana, en segundo termino la infracción del deber objetivo de cuidado, a posteriori la lesión del valor protegido por la norma (imputación objetiva), y finalmente una relación de causalidad eficiente, culminando como es obvio, en un resultado expresamente previsto en el código como sancionable penalmente pese a la comisión imprudente, que no dolosa.

La ausencia de acción, es lo que el programa determina como fuerza irresistible, en el que el hombre es en realidad instrumento y que está contemplada en la eximente del art 25 CP, lo que en puridad técnica era innecesario, ya que el propio art 13, como enunciamos al principio, no admite mas que el dolo, o, la culpa, como únicas posibilidades punitivas.

Tampoco plantea grandes problemas el caso fortuito, como segundo caso de ausencia de acción, y por tanto excluido de la responsabilidad humana, refiriéndose al mismo el art 21 CP, cuando indica que no hay delito si, con ocasión de realizar un acto licito con la debida diligencia, el autor causa un mal por mero accidente

Lección 7: La antijuricidad como reprobación normativa global del comportamiento típico. Estudio del juicio de reproche. Desvalor del acto y desvalor del resultado. Delito formal, delito de peligro y delito de resultado. Estudio de las causas de justificación legítima defensa ejercicio de derecho, cumplimiento de deber y estado de necesidad. Referencia complementaria al análisis sociológico.

Beling, creador del moderno concepto del tipo definía el delito como acción, típica, antijurídica y culpable. Una vez comprobada que la acción realizada por el hombre es típica, es decir subsumible en un tipo penal, vendrá el estudio de la antijuricidad.

La determinación de la antijuricidad es la constatación de que el hecho es contrario a derecho, injusto o ilícito.

Antijurídico es aquello que es opuesto al Ordenamiento Jurídico.

Por lo tanto, desde el momento en que un hecho es típico, es decir, desde el momento en que el caso de la realidad es subsumible en el tipo de delito previsto en la norma penal, hay una evidente sospecha de que ese hecho es antijurídico.

La adecuación del hecho al tipo legal (tipicidad) es el modo de exteriorización o manifestación de su antijuricidad. La tipicidad es el indicio más importante de la antijuricidad. Un hecho no será antijurídico si no se halla definido por la ley como delito, por antisocial o inhumano que se reputa si la ley no lo considera como delictivo no será antijurídico.

Esta presunción de que lo típico es antijurídico, sin embargo puede ser desvirtuada cuando concurren las causas de justificación. De hecho, en la práctica se traduce en el análisis negativo de que efectivamente no concurre ninguna causa excluyente de dicho elemento.

De inicio lo típico va a ser antijurídico siempre que no concurren causas de justificación. Si concurrieren estas, la conducta no sería delictiva. Si no concurrieren, la conducta típica y antijurídica, cuando fuera culpable y punible, sería delictiva.

Por ello la función del juicio de antijuricidad se reduce a la constatación negativa de la misma, es decir a determinar si concurre o no alguna causa de justificación.

Podemos decir, por tanto, que un hecho será antijurídico cuando se encuentre previsto y penado por la ley, es decir cuando sea típico, y no concurren causas de justificación.

Por consiguiente, en el juicio de antijuricidad procede examinar, primero, la formulación y realización del tipo y, posteriormente, la presencia o ausencia de causas de justificación. El juicio de antijuricidad queda, dividido en dos partes, versando la primera sobre la problemática del tipo de injusto, y la segunda sobre la de la justificación.

En cuanto a su naturaleza, la antijuricidad es esencialmente objetiva a diferencia de la culpabilidad que es subjetiva. No obstante en la antijuricidad concurren elementos subjetivos, que se denominan los elementos subjetivos del injusto. En algunos casos no puede considerarse antijurídica una conducta en base a una confrontación entre lo realmente acaecido y lo que el ordenamiento jurídico pretendía que acaeciese. Por ejemplo en el hurto el mero hecho de tomar una cosa mueble ajena carece todavía de significación, que únicamente adquiere si se toma con ánimo de lucro: este ánimo es el que decide sobre si la conducta es o no contraria a derecho, constituye un elemento subjetivo del injusto. Así es evidente que el que toma una cosa mueble ajena con el mero fin de observarla, no está cometiendo un delito.

Estudio del juicio de reproche.

Dentro de la antijuricidad podemos distinguir la antijuricidad formal y la antijuricidad material.

Antijuricidad formal es la oposición de lo realizado con el precepto legal. Formalmente decimos que una conducta es antijurídica cuando es contraria a los dictados de la norma penal.

Sin embargo la antijuricidad tiene también un contenido material que se refleja en la ofensa al bien jurídico protegido por la norma.

Ni la simple transgresión formal de un precepto es, por sí sola antijuricidad, ni la ofensa de un bien que no esté jurídicamente protegido, lo es.

Para que exista la antijuricidad ha de haber una ofensa a un bien jurídicamente protegido por la norma penal.

Por ejemplo, la falsificación de la firma de un personaje famoso es, en principio un delito de falsedad, pero si tal falsedad se realiza con una finalidad meramente de entretenimiento y sin ulterior destino, esta conducta no ofendería al bien jurídico que se protege en el tipo penal. Esto es, la conducta sería formalmente antijurídica –sería contraria a un precepto penal- pero no lo sería materialmente –no se lesiona el bien jurídico protegido-.

La lesividad social u ofensa a un bien jurídicamente protegido es necesaria para la punición de la conducta. Este principio es recogido en el Código penal hondureño, en su artículo 2-C, que dispone que “No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro efectivo un bien jurídico protegido por la Ley penal”.

Se entiende, por tanto, por antijuricidad formal, la contradicción del hecho con la Ley y, por antijuricidad material su contraste con los intereses sociales, es decir su lesividad social

Desvalor del acto y desvalor del resultado.

Para comprender la antijuricidad, hay que tener en cuenta que no siempre que se cause una ofensa a un bien jurídico protegido (desvalor del resultado) podemos hablar de antijuricidad. Para ello es necesario, además, que la acción realizada sea jurídicamente reprobable (desvalor del acto).

Solamente cuando una acción jurídicamente reprobable produzca un resultado lesivo o peligroso para un bien jurídico protegido, podremos decir, en puridad que la acción es antijurídica.

Por ejemplo, el Código Penal no castiga ningún resultado, por típico que sea, si la conducta no es dolosa o culposa (artículo 13 del Código Penal Hondureño) o castiga más gravemente algunos hechos delictivos cuando se realizan de una forma especialmente intolerable

como el asesinato (artículo 117 del Código Penal Hondureño) o el robo (artículos 217 y siguientes del Código Penal Hondureño).

Tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado son importantes en la configuración de la antijuricidad. Es difícil dar prioridad a uno de los dos en la regulación de las conductas y en la fijación de la pena. Tradicionalmente se ha dado más importancia al resultado y, prueba de ello son los delitos cualificados por el resultado. Sin embargo hoy en día se tiende a dar más trascendencia al desvalor de la acción, haciendo recaer el acento en la peligrosidad de la acción.

Delito formal, delito de peligro y delito de resultado.

Como hemos dicho, la esencia de la antijuricidad, lo que hemos llamado la antijuricidad material, implica la ofensa de un bien jurídico. Esta ofensa puede consistir en una lesión del bien o en su puesta en peligro.

Podemos distinguir, por tanto, entre delito de lesión (o de resultado) y delitos de peligro. Sin embargo parece más adecuado hablar de delitos de lesión y de peligro, pues la terminología de delitos de resultado puede resultar equívoca ya que en los delitos de peligro también puede hablarse de la producción de un resultado, que sería la situación de riesgo.

Hablamos de delito de lesión, cuando con su realización llegamos a la producción de un resultado dañoso, entendiéndolo este, no sólo en su acepción material sino también inmaterial. Por ejemplo, es delito de lesión con un resultado material el homicidio, ya que su realización ocasiona la destrucción de una vida humana. Sin embargo es delito de lesión con un resultado inmaterial, la injuria o la calumnia, ya que el resultado producido y dañoso no es materialmente tangible, pues es el honor.

Junto a los delitos de lesión existen los llamados delitos de peligro. En estos delitos su realización no conduce a la producción de un resultado dañoso sino a la de una probabilidad. En los delitos de peligro, su castigo viene impuesto desde una situación previa. Se ha adelantado la barrera protectora. Cuando de una conducta se desprende un peligro, no se espera a que el resultado de lesión se produzca sino que se pena en ese momento. En los delitos de peligro basta con apreciar que la conducta realizada podría haber ocasionado un daño. No es necesario que tal daño se produzca. La creación de

tipos de peligro significa adelantar las barreras de la protección penal con la esperanza de disminuir el número de conductas lesivas.

Es como decía antes una simple probabilidad de que se vaya a producir el daño, siendo necesario que la acción realizada sea idónea para producirlo.

Por ejemplo, son delitos de peligro, los delitos contra la salud pública previstos en los artículos 181, 181 A y 181 B del Código Penal Hondureño, que utilizan fórmulas tales como “...que representen riesgo para la salud...” o “...que produzcan o sean susceptibles de producir daños a la salud de las personas o al ecosistema...”, etc.

Dentro de los delitos de peligro aún habremos de distinguir entre peligro abstracto y concreto. El peligro concreto puede definirse como la probabilidad de producción efectiva de un daño inherente a la realización de una determinada acción. El peligro abstracto es el inherente a cierta clase de acciones.

Desde un punto de vista técnico no es posible más que la configuración del peligro concreto, lo cual no es obstáculo para que el llamado peligro abstracto constituya el motivo que induce al legislador a incriminar una determinada conducta, pues por peligro abstracto se entiende un peligro estadísticamente demostrado que se da por consiguiente en una mayoría de casos, aunque falte en el supuesto concreto.

También se puede hablar de los delitos formales o de mera actividad. Así como en los delitos de resultado, ya sean de lesión o de peligro hay una separación temporal-espacial entre la acción y el resultado, en los delitos formales o de mera actividad, con la sola acción ya se está produciendo una ofensa al bien jurídico protegido. Ejemplo de delito de mera actividad es el delito de allanamiento de morada. La violación del bien jurídico protegido, la intimidad de la morada, se produce en el mismo momento en que se materializa la acción. En un delito de homicidio, sin embargo, la acción ejecutada – por ejemplo, disparar un arma- podrá producir o no el resultado (la destrucción de una vida humana).

Estudio de las causas de justificación: legítima defensa, ejercicio de derecho, cumplimiento de un deber y estado de necesidad.

1. Estudio de las causas de justificación

A las normas prohibitivas –dice Welzel- se oponen en ciertos casos disposiciones permisivas que impiden que la norma abstracta (general) se convierta en deber jurídico concreto, y que permiten, por eso, la realización típica.

En el Ordenamiento Jurídico hay preceptos prohibitivos, pero también hay preceptos permisivos que dejan hacer aquello que está prohibido. Por razones políticas, sociales o jurídicas, el legislador puede permitir aquello que en principio es típico, es decir que está legalmente prohibido.

El significado funcional de las causas de justificación en la estructura del delito, se concreta en el sentido de que constituyen todas las situaciones en que la realización del tipo es jurídica, es decir, supuestos en que el comportamiento humano es justo desde el inicio.

De esta manera las causas de justificación convierten un hecho típico en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el Ordenamiento Jurídico.

En las causas de exclusión de la injusticia el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consciente, pero el acto realizado no es delictuoso porque es jurídico, justo, ajustado al derecho, la situación especial en que se halla constituye una causa de justificación de su conducta. Como consecuencia de la licitud de la conducta del agente que obra en una de estas situaciones, no será posible exigirle responsabilidad alguna proveniente de su hecho, ni penal, ni siquiera civil, pues del que obra conforme a derecho no puede decirse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos. Sin embargo, en algunos casos excepcionales, como veremos si que será posible articular mecanismos de indemnización. Así concretamente en el caso del estado de necesidad, el artículo 106, 2º del Código Penal Hondureño prevé:

“En el caso del numeral 2 del Artículo 24, son responsables las personas en cuyo favor se haya precavido el mal en proporción al beneficio que hubieren reportado. Los tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional por la cual cada interesado deba responder”.

Mientras las causas de inimputabilidad, que veremos en el próximo tema, sólo impiden que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico, las causas de justificación convierten un hecho típico en lícito. Por esta razón, mientras en los casos de inimputabilidad pueden aplicarse medidas de seguridad, en los casos de justificación no, ya que la conducta está justificada y por ello no cabe considerar peligroso al que actúa lícitamente.

Inimputable es el hecho que no puede reprocharse jurídicamente a su autor, aún cuando haya de conceptuarse como desvalorizado. Justificado está, por el contrario, solamente el hecho que, en una valoración global, ha de ser conceptuado como jurídicamente correcto. En el hecho justificado el momento del desvalor queda excluido; en el hecho Inimputable no.

Además hay que tener en cuenta que, cuando concurren causas de justificación y causas de inimputabilidad, primero habrá que analizar la concurrencia de las primeras, pues si el hecho es lícito, nos va a ser indiferente pronunciarnos sobre la culpabilidad.

Las causas de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos. Para justificar una acción típica no basta con que se de objetivamente la situación justificante, sino que es preciso, además, que el autor conozca esa situación e, incluso, que tenga las tendencias subjetivas especiales que exige la ley para justificar su acción. Así, por ejemplo, sólo puede actuar en legítima defensa quien sabe que se está defendiendo.

Las causas de justificación se encuentran reguladas en el artículo 24 del Código Penal Hondureño, que dispone:

“Se halla exento de responsabilidad penal:

1) Quien obra en defensa de su persona o derechos siempre que concurren las circunstancias siguientes:

a) Agresión ilegítima:

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y,

c) Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

Se entenderá que concurren las dos primeras circunstancias respecto de quien durante la noche rechaza el escalamiento, fractura los cercados, paredes o entradas de una casa o un apartamento habitado, o de sus dependencias o emplea violencia contra el individuo extraño a ella que es sorprendido dentro de los indicados lugares.- Si los hechos ocurren durante el día, solamente se entenderá que concurre la agresión ilegítima.

2) El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge o de la persona con quien hace vida marital, de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o de los parientes por adopción en los mismos grados, siempre que concurren las circunstancias previstas en los literales a) y b) anteriores, y la de que, en caso de haber precedido provocación suficiente de parte del defendido no haya tenido participación en ella el defensor.

3) El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias previstas en el numeral anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo:

4) Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otro u otros de un peligro no causado por él voluntariamente ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea proporcionado al peligro;

Esta exención se extiende al que haya causado daño en el patrimonio ajeno, si concurren las condiciones siguientes:

c) Realidad del mal que se trata evitar:

b) Que dicho mal sea mayor que el causado para evitarlo; y,

c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad quien tenía el deber de afrontar el peligro.

5) Quien obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Se entenderá que existe esta última circunstancia respecto de la autoridad o de sus agentes y de las personas que concurran en su auxilio, que en caso de desobediencia o resistencia o para evitar la fuga de un delincuente empleen medios proporcionados de represión, siempre que preceda intimación formal; y,

6) Quien ejecute un acto por obediencia legítima, siempre que:

a) La orden emane de autoridad competente;

b) El agente tenga la obligación de cumplirla; y,

c) La acción u omisión ordenada no viole o restrinja el ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que Honduras forme parte".

A continuación estudiaremos siguiendo el trabajo del profesor Almela Vich por separado las causas de justificación legalmente establecidas, no sin antes formular cuatro consecuencias comunes y de interés. En primer término, frente a un acto justificado, no cabe legítima defensa. En segundo lugar, la participación estará siempre justificada (accesorio sequitur principalis). La concurrencia de una causa de justificación exime por pudor intelectual examinar la inimputabilidad y finalmente, no siempre se excluye la responsabilidad civil (art 106.2 CP).

Legítima defensa

a. Doctrina

La legítima defensa es la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor.

Son tres los requisitos que deben concurrir para que se pueda apreciar la eximente de legítima defensa: Agresión ilegítima,

necesidad racional del medio empleado y, falta de provocación suficiente.

Veámoslos por separado. En primer lugar analizaremos la agresión ilegítima.

1) Agresión ilegítima. El término agresión se puede entender tanto en el sentido de acometimiento o acto de fuerza, como de acción de puesta en peligro de algún bien jurídico, pudiendo ser una acción o una omisión, pero tanto una como otra han de ser agresiones dolosas, es decir el ataque al bien jurídico ha de ser intencional.

La agresión ha de ser ilegítima, es decir antijurídica. Frente a quien actúa lícitamente no cabe hablar de legítima defensa, sin embargo no es necesario que el autor sea culpable.

Respecto a los bienes jurídicos que pueden ser defendidos y cuya agresión constituye el presupuesto de la legítima defensa, el Código penal menciona expresamente la casa habitada o sus dependencias, si se entra, o se pretende entrar, indebidamente en casa habitada o sus dependencias. Además de estos bienes jurídicos existen otros que también pueden ser legítimamente defendidos como la vida, la integridad física, la libertad o el honor, es decir bienes jurídicos individuales que son los que el sujeto individualmente puede defender. Los bienes jurídicos comunitarios no pueden ser objeto de la legítima defensa. Si son en cambio defendibles los bienes jurídicos individuales de terceros.

En cualquier caso la agresión, además de antijurídica, ha de ser típica, es decir, ha de constituir el tipo de injusto de un delito, pues sólo la agresión constitutiva del tipo de injusto de un delito puede tener la entidad suficiente para justificar la defensa.

La agresión ha de ser real. No basta con que el que se defiende crea que lo hace ante una agresión que sólo existe en su imaginación. La defensa putativa frente a una agresión que no existe realmente, sólo puede dar lugar a una causa de inculpabilidad si el error era invencible (artículo 25.3 del Código Penal Hondureño) o a una atenuación de la pena por vía de la eximente incompleta o alguna otra circunstancia atenuante, si el error era vencible (artículo 26. 1 y 14 del Código Penal Hondureño).

La agresión ha de ser, además actual. No cabe apreciar legítima defensa, cuando la agresión ha cesado (por ejemplo: el agresor huye). Matar por tanto al agresor cuando éste huye, disparándole por la espalda, es un exceso extensivo que impide apreciar la legítima defensa. Sin embargo tampoco es necesario que el amenazado espere a que sus intereses jurídicos sean efectivamente lesionados, ya que también es factible en aquellos casos en que hay un fundamento racional de sufrir el mal.

2) Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo. Este requisito supone la concurrencia de los dos siguientes: Necesidad de la defensa y racionalidad del medio empleado.

a) La necesidad de defensa, sólo se da cuando es contemporánea a la agresión y además ha de ser la única vía posible para repelerlo o impedirlo lo que equivale a decir que no haya otro medio de evitar el mal que amenaza. La apreciación de la necesidad es subjetiva, ha de apreciarla el que se defiende.

b) La racionalidad del medio empleado exige la proporcionalidad, tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión. La entidad de la defensa no sólo ha de ser necesaria, sino también adecuada a la entidad de la agresión.

3) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Esto no significa que se niegue toda posibilidad de defenderse a quien ciertamente provocó la agresión, pero no con la entidad con que ésta se produjo (el sujeto, por ejemplo, empuja al contrario, pero éste reacciona violentamente atacándole con un hacha).

La provocación, que excluye la aplicación de la causa de justificación, es la "suficiente". Por lo tanto cuando la agresión sea la reacción normal a la provocación, no podrá apreciarse la legítima defensa.

En el caso de legítima defensa de personas ajenas, es necesario que, caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiere tenido participación en ella el defensor.

El Tribunal Supremo ha venido configurando un cuerpo jurisprudencial suficientemente consolidado y en el que se destacan las notas siguientes:

1) Agresión ilegítima:

a) Características: Es un ataque actual, inminente, real, directo, injusto, inmotivado e imprevisto, lo que excluye las actividades simplemente amenazadoras cuando no van acompañadas de la racional convicción de un peligro real e inmediato (TS. 29-12-97, 23, 29 y 30-1-98)

b) Unidad de acto entre agresión y defensa: Si la reacción del agredido se demora, deja de ser defensa y se convierte en venganza (TS. 29-12-97 y 23-1-98)

c) Peligro actual y objetivo: Existe cuando por acción o incluso por omisión se genera un peligro actual y objetivo para otra persona, con posibilidad de dañarla, sin que baste con cualquier intromisión o perturbación accesorio e intrascendente (TS. 28-6, 21-10 y 29-12-97, 23, 29 y 30-1-98, 16-2-98)

d) Riña mutuamente aceptada: Excluye la posibilidad de apreciar esta eximente (TS. 28-6-97), pero cabría apreciarla cuando durante la riña sobreviene un cambio notable en su desarrollo, o bien surge un ataque irracional o desproporcionado por parte de alguno de los contendientes, que obligue a replantear el valor y la significación de los acometimientos (TS. 23 y 30-1-98)

e) Existe: Cuando golpea la puerta con un bate de béisbol y se enzarza en pelea con su ex esposa, por lo que el compañero de ésta hubo de intervenir en su defensa y en la de la morada invadida (TS. 4-12-97). En caso de mantener un cuchillo apoyado en el cuello del empleado de la joyería (TS. 16-2-98)

2) Necesidad de la defensa:

a) En general: La necesidad defensiva justifica la actitud de un contraataque frente a una agresión o acometimiento amenazantes que ponen en situación de riesgo el bien jurídico cuya salvaguarda deviene acuciante (TS. 23-1-98)

b) Exige la actualidad de la agresión: Presente en su existencia y persistente en la creación de un riesgo para el bien jurídico de que se trate (TS. 23 y 29-1-98)

c) Valoración de las circunstancias: La necesidad ha de surgir como consecuencia de la agresión inicial, para valorar los cual habrá que analizar las circunstancias concurrentes (TS. 30-1-98).

d) Existencia de alternativas defensivas menos gravosas: Ha de determinarse si, en función de las circunstancias concurrentes, el sujeto tenía la posibilidad de impedir la agresión mediante la realización de otra acción menos lesiva que la ejecutada (TS. 30-1-98)

e) En caso de falta de necesidad de defenderse: Se produce un exceso extensivo o impropio, o exceso en la causa, que no admite la exención incompleta (TS. 23 y 29-1-98)

3) Racionalidad o proporcionalidad del medio empleado:

a) En general: La proporcionalidad está referida a la relación entre la entidad del ataque y la defensa, con especial atención a los medios empleados para impedir o repeler la agresión (TS. 23-1-98)

b) Valoración de la diferencia de edad y de corpulencia: Si el defensor, empleado de joyería, era físicamente más débil y de más edad, compensó tal circunstancia valiéndose de un arma de fuego, a fin de paralizar al agresor (TS. 16-2-98)

c) Valoración de la semejanza objetiva de las armas u objetos utilizados, así como del uso que se hace de ellos: Así se podrá calibrar racionalmente la corrección, proporcionalidad o correspondencia de sus respectivas conductas y del medio agresivo empleado (TS. 30-1-98)

d) Valoración del estado anímico del que se defiende: No se puede exigir al agredido una exacta y serena reflexión para escoger los medios de defensa más adecuados, sino que hay que situarse en ese preciso instante, que dura escasos segundos, y en las circunstancias concurrentes, para determinar si la concreta decisión defensiva fue correcta (TS. 30-1-98, 16-2-98)

e) Existe proporcionalidad objetiva: Entre un arma de fuego y una barra rígida de hierro, y entre un bate de béisbol y un cuchillo de cocina (TS. 4-12-97)

f) En caso de falta de proporcionalidad: Cuando exista un desfase

entre los medios agresivos y los defensivos, habrá un exceso intensivo o propio, o un exceso en los medios, y cabría la posibilidad de apreciar una eximente incompleta (TS. 23 y 29-1-98)

4) Ánimo defensivo

a) En general: Es un elemento subjetivo que ha de concurrir siempre en la causa de justificación para neutralizar el desvalor de la acción presente en el comportamiento típico del que se defiende (TS. 23 y 29-1-98)

5) Se aprecia

a) Cuando de madrugada una persona es intentada sacar de su vehículo por tres personas que se comportan violentamente y aquel emplea un cuchillo contra estas. En el peor de los casos cabría apreciar una legítima defensa putativa (TS. 30-1.98)

b) Con motivo del atraco a una joyería, y tras colocar el atracador un cuchillo en el cuello del empleado, un tercero intervino en defensa de tal empleado, y aquel con el cuchillo trató de agredirle, produciéndole varios cuchillazos, por lo que éste efectuó disparos, causándole la muerte (TS. 16-2-98)

2. Ejercicio de derecho, cumplimiento de un deber

Dice el artículo 24.3º del Código Penal Hondureño:

“Quien obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Se entenderá que existe esta circunstancia respecto de la autoridad o de sus agentes y de las personas que concurren en su auxilio que en caso de desobediencia o resistencia o para evitar la fuga de un delincuente, emplearen medios proporcionados de represión siempre que preceda intimación formal”

De todas las causas de justificación, esta es la que tiene más claro el carácter de causa de justificación, pues no hay mayor justificación que obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Ahora bien, para que concurra la justificación es preciso que tanto el ejercicio del derecho como el cumplimiento del deber, se desarrollen dentro de los límites legales y que se actúe conforme a derecho.

El modo de saber como una persona actúa de conformidad con el derecho es algo que sólo podemos conocer acudiendo a las normas específicas que regulan cada actividad. Un policía actuará conforme a derecho cuando actúe siguiendo las normas establecidas en su reglamentación. Un médico actuará conforme a derecho, cuando siga las normas administrativas correspondientes y actúa conforme a la *lex artis*.

Lo que nunca cabrá es ampararse en la propia normativa para justificar un abuso de poder o una actuación arbitraria.

Ante esta situación conviene recordar que, por encima de cualquier regulación concreta, están los principios generales de las causas de justificación que, aunque en la configuración legal no se citan expresamente, son válidos:

1) El uso de la violencia por parte de la autoridad:

El empleo de la violencia por parte de la autoridad o sus agentes, tiene unos límites claramente señalados. Estos límites son, la necesidad racional de la violencia y su adecuación proporcional al hecho.

La necesidad racional de la violencia implica que ésta tiene que ser necesaria para restablecer el orden jurídico perturbado, no estando justificada cuando cabe otro tipo de medida no violenta.

Además ha de ser proporcionada a la entidad del hecho que la motivó evitando cualquier exceso.

En el caso de apreciación errónea se podría hablar, más que de eximente incompleta, de actuación negligente.

2) El derecho de corrección:

En la medida en que el ejercicio de este derecho pueda conducir a la realización de algún tipo de delito, se plantea el problema de hasta que punto pueden estar justificadas estas acciones. La

pedagogía moderna considera perjudicial el ejercicio de la violencia como medio de corrección.

En ningún caso se debe admitir como corrección la violencia y, lo que no cabe es ampararse en el derecho consuetudinario para buscar justificación a ello. Por ello ningún tipo de delito puede quedar justificado por el derecho de corrección como tal derecho.

Digamos que hoy día ya no puede aplicarse el famoso dicho de “la letra con sangre entra”.

3) Las vías de hecho:

Cualquier tipo de realización del propio derecho, ejercitado fuera de los cauces legales, es antijurídico. El tomarse la justicia “por su propia mano” es antijurídico y no puede dar lugar a ningún tipo de justificación.

4) El ejercicio profesional:

A veces el ejercicio de determinadas profesiones obliga al cumplimiento de deberes o a la realización de actos que no estarían justificados fuera del ámbito profesional.

Así, por ejemplo, el ejercicio de la Abogacía obliga al abogado a guardar los secretos de su cliente y a expresar en defensa de su cliente determinadas manifestaciones injuriosas sobre la vida de los particulares. Tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen admitir la justificación en estos casos, siempre que ello sea necesario, para la defensa de los intereses del cliente.

Distinta problemática plantea el tratamiento quirúrgico o médico. Ciertamente actúa jurídicamente el médico que trata a un paciente dentro de los límites prescritos por la ciencia médica (lex artis) pero dicho ejercicio tiene, además, una serie de presupuestos, sin los cuales no puede estar justificado. En primer lugar el consentimiento del paciente en los casos en que sea posible; en segundo lugar informar lo más claramente sobre el tratamiento o intervención (consentimiento informado). Evidentemente en los casos urgentes o en los que no sea posible recabar el consentimiento del paciente, el médico no sólo debe sino que está obligado a actuar siguiendo las premisas de la ciencia médica.

b. Jurisprudencia

1) Requisitos:

a) Que el sujeto activo sea una autoridad o agente de la misma, que esté autorizado para hacer uso de medios violentos en el ejercicio de sus funciones

b) Que su concreta actuación se haya producido en el ejercicio de sus funciones.

c) Que sea necesario el uso de la violencia, empleando la mínima y proporcionada al supuesto (TS 22-11-97)

2) Inexistencia de necesidad: Es preciso que, en todo caso se aprecie una situación de peligro racionalmente grave para la vida o integridad física del sujeto agente o de terceras personas; en consecuencia si no concurre la exigencia de necesidad abstracta ni concreta de recurrir a la violencia, no cabe apreciar una eximente completa ni incompleta, exigiéndose, además la resistencia de la víctima (TS 22-11-97, 16-1-98)

3) Extralimitación por uso excesivo de fuerza: desaparece la eximente y la semieximente cuando existe una discrepancia excesiva entre la necesidad racionalmente considerada del empleo de la fuerza para controlar el supuesto específico y el uso real de la fuerza en el caso concreto que resulte innecesaria o rebase los términos de aquella necesidad racional (TS 16-1-98)

3. Estado de necesidad.

Dice el artículo 24. 2º del Código Penal Hondureño:

“Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea proporcionado al peligro.

Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:

a) Realidad del mal que se trate de evitar.

b) Que este mal sea mayor que el que se cause para evitarlo.

c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad quien tenía el deber legal de afrontar el peligro.”

La doctrina dominante considera que en la actual eximente de estado de necesidad se regulan conjuntamente el estado de necesidad como causa de justificación y como causa de exculpación. El primero se daría cuando el estado de necesidad surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor; el segundo cuando los bienes jurídicos en conflicto son del mismo valor. Mientras que en el primero la ley aprueba el sacrificio del bien de menor valor, en el segundo, se dice, la ley no puede inclinarse por ninguno de los dos bienes, que son de igual valor. En el supuesto de estado de necesidad en el que los bienes en colisión son de igual valor -el naufrago que mata a otro naufrago para comer su carne y poder sobrevivir (naufragio de la Medusa); el naufrago que impide que otro naufrago se agarre al madero que se hundiría con el peso de los dos (tabla de Carneades)- la acción realizada para salvar la vida no puede estar justificada porque el Derecho protege por igual la vida de todas las personas. En estos casos se debe de hablar de estado de necesidad disculpante, dejando el estado de necesidad como causa de justificación sólo para el caso de conflicto de bienes de desigual valor.

Decisiva es, ante todo la situación de necesidad que da origen a la eximente.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia la conciben como una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, en la que la salvación de uno de ellos exige el sacrificio del otro. Ello supone que el bien jurídico que se trata de salvar está en inminente peligro de ser destruido.

Este peligro ha de ser real y objetivo, no pudiendo ser meramente supuesto, con más o menos fundamento, por el que trata de evitarlo, pues el estado de necesidad putativo sólo puede dar lugar a una causa de exculpación en caso de error invencible.

Es preciso, además, que la realización del mal o la infracción del deber, que el sujeto realiza para evitar un mal a si mismo o a un tercero, sea el único camino posible para conseguir la meta salvadora.

La comisión del tipo de injusto de un delito que la lesión de un bien jurídico o la infracción de un deber jurídico realizan, ha de ser, por tanto, necesaria, es decir, la evitación del mal que amenaza al bien jurídico sólo puede ser conseguida realizando otro mal.

Una vez que se den estos requisitos, es indiferente que el peligro que se trata de evitar amenace a bienes jurídicos propios o ajenos

Además, es preciso, para que se pueda aplicar la causa de justificación, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Esto hay que entenderlo en sentido restrictivo. Sólo la provocación intencionada del estado de necesidad impide su apreciación. La eximente es aplicable en el caso de que el hecho que da lugar al estado de necesidad haya sido provocado intencionadamente por el que pretende la justificación, siempre que la estricta situación de necesidad no lo haya sido (por ejemplo, en el supuesto de un incendio provocado).

Finalmente es requisito imprescindible que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. En el estado de necesidad, como causa de justificación, se supone que el que actúa en esta situación no está obligado a soportarla, pues si la situación es normal dentro del ámbito de su profesión, estará obligado a soportarla.

Las funciones específicas que tienen las personas encargadas de determinados oficios o profesiones, les imponen la obligación de soportar un cierto grado de peligro, en el desempeño de su oficio o profesión, superior al normal. El bombero, el policía o el soldado no pueden excusarse, dentro de ciertos límites, del cumplimiento de unos deberes inherentes a su profesión: apagar incendios, detener delincuentes, hacer guardia nocturna, ir a la guerra, etc.

Sin embargo, esta obligación de sacrificio tiene sus límites que deben de coincidir con los límites legales o sociales del ejercicio de su profesión. Más allá de ellos no se puede exigir a nadie un comportamiento heroico o virtuoso.

b. Jurisprudencia

1) Estado de necesidad justificante y exculpante: Es justificante cuando el conflicto se suscita entre bienes desiguales, sacrificándose el bien inferior en beneficio del interés preponderante; es exculpante cuando el conflicto se da entre bienes de igual valor o de la misma

entidad, porque el derecho no puede exigir actitudes heroicas (TS. 24-11-97)

2) Caracteres del mal amenazante: Ha de ser actual, absoluto, real y efectivo, imperioso grave e inminente, injusto e ilegítimo (TS 24-11-97, 23-1-98)

3) Agotamiento de las vías legítimas para la salvación del bien: Si el sujeto agente pudo disponer de otro medio viable y menos perjudicial para impedir el mal mayor que la causación del mal menor (Ts. 24-11-97)

4) Estrechez económica: Aunque, en principio es factible la apreciación de una causa de justificación o atenuación, es preciso que se hayan agotado otros remedios, como la venta de los propios bienes o la búsqueda de auxilio de carácter asistencial (TS. 23-1-98)

4. Otras causas de justificación

En esta apartado veremos fundamentalmente la causa de obediencia debida, pues el caso fortuito al que se refiere el artículo 21 del Código Penal Hondureño, cuando dice que “No hay delito, si con ocasión de realizar un acto lícito con la debida diligencia, el autor causa un mal por mero accidente”, no se puede considerar como causa de justificación sino que es más bien causa de ausencia de tipicidad.

Dice el artículo 24.4º del Código Penal Hondureño:

“Quien ejecutare un acto por obediencia debida, siempre que concurran las condiciones siguientes:

- a) Que la orden emane de autoridad competente.
- b) Que el agente tenga la obligación de cumplirla.”

La naturaleza de esta eximente es discutida. Para unos autores es causa de justificación y para otros de exculpación.

Lo que está claro es que si la obediencia es realmente debida no es necesario de ningún precepto legal expreso para darle efecto justificante, pues el cumplimiento del deber ya es causa de justificación. Ello no quiere decir que el deber de obediencia sólo surja frente a las órdenes de contenido lícito y que el cumplimiento de

órdenes antijurídicas convierta automáticamente en antijurídico el hecho de quien las cumple, porque ello supondría tanto como desconocer el principio de subordinación y jerarquía que inspira la actuación administrativa y la realidad de la obligatoriedad de cumplimiento de determinadas órdenes, a pesar de su contenido antijurídico.

Ciertamente el deber de obedecer órdenes antijurídicas tiene unos límites, pero el que actúa dentro de estos límites lo hace justificadamente. Fuera de estos límites no hay justificación alguna y a lo sumo podrá invocarse el estado de necesidad o el miedo insuperable, en base a la idea de la ponderación de bienes o a la inexigibilidad de una conducta distinta.

Para que una orden sea vinculante, tienen que darse los siguientes presupuestos:

- ◆ Relación jerárquica. Sólo puede darse en el ámbito del derecho público y del derecho militar. No cabe apreciar esta eximente en los ámbitos familiar y laboral.
- ◆ Competencia abstracta del que da la orden para dictarla dentro de sus facultades.
- ◆ Competencia del subordinado para ejecutar el acto ordenado por el superior.
- ◆ Que la orden sea expresa y aparezca revestida de las formalidades legales.

Una vez concurren estos requisitos la orden es vinculante y ha de ser cumplida por el inferior.

Sin embargo esta afirmación es matizable. El subordinado puede incumplir la orden cuando infrinja, manifiesta, clara y terminantemente la ley. El carácter manifiesto, claro y terminante de la infracción debe estimarse de un modo objetivo, es decir, basta con que un funcionario medio, situado en las circunstancias respectivas, hubiera apreciado esa vulneración con independencia de cuales pudieran ser las creencias del funcionario individual y concreto.

Referencia complementaria al análisis sociológico.

La vida social conoce un buen número de actividades peligrosas o hasta lesivas que, por su utilidad social se consideran perfectamente lícitas: los transportes terrestres, marítimos y aéreos, el tráfico automovilista, ciertas empresas peligrosas como las explotaciones mineras y muchas otras, la investigación espacial, los deportes, etc.

Desde Welzel se habla en estos casos de conductas socialmente adecuadas. La adecuación social constituye un criterio de interpretación que obliga a restringir el alcance literal de los tipos de la Parte Especial excluyendo de ellos aquellos comportamientos que resultan socialmente adecuados. Ello se funda en el principio de que no puede ser voluntad de la ley, incluir actividades socialmente adecuadas.

Las conductas socialmente adecuadas se suelen permitir porque, siendo útiles, no son directamente lesivas, sino sólo peligrosas. Quien respeta el margen de riesgo permitido no ha de incurrir en responsabilidad penal, aunque cause un resultado que, tratándose de otra clase de actividad peligrosa no adecuada socialmente, sería imputable a imprudencia. Pero a veces se permiten socialmente conductas que implican en si mismas lesiones dolosas: es el caso del boxeo, que entraña malos tratos de obra.

La teoría de la adecuación social es generalmente rechazada por entender que todos los casos para los que se piensa, deben incluirse forzosamente, cuando merezcan ser tomados en consideración, en las causas de justificación. Sin embargo no siempre que se realiza una conducta socialmente adecuada puede afirmarse la concurrencia de una causa de justificación.

Así la práctica de ciertos deportes como el fútbol entraña ciertas ingerencias en bienes jurídico penales, que se consideran socialmente adecuadas por su escasa dañosidad y por el contexto en que se producen, en el cual juega un papel básico el consentimiento de la víctima en participar en el juego, aunque no llegue a consentir en el hecho concreto. Aunque el boxeo implica una serie de malos tratos intencionales y lesiones dolosas cuya gravedad material no puede considerarse tan insignificante, su significado social, como parte del boxeo, impide que reciban una suficiente desvaloración social.

Un principio muy próximo al de la adecuación social es el de la insignificancia que no supone una total aprobación social, sino una simple tolerancia basada en la escasa gravedad. Así, por ejemplo, en el tráfico rodado existen ciertos comportamientos incorrectos que no pueden considerarse suficientemente graves para dar lugar a coacciones penales, como sucede en el caso de vehículos que obstaculizan voluntaria y deliberadamente a otros, etc.

Lección 8: Imputabilidad como capacidad de culpabilidad y como presupuesto del reproche culpabilístico. Las causas de exclusión o limitación: mayoría de edad, trastorno mental transitorio (drogas de abuso, los trastornos de percepción, la actio libera in causa). Referencia complementaria a la Medicina Legal, Psicología, Sociología y Criminología. El reproche culpabilístico. El delito doloso y el delito culposo. Sus clases.

Imputabilidad como capacidad de culpabilidad y como presupuesto del reproche culpabilístico.

Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico.

La comisión de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de ese hecho. Existen determinados casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal.

Ello demuestra que junto a la tipicidad y a la antijuricidad debe darse una tercera categoría en la teoría general del delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena. Esta categoría es la culpabilidad, una categoría cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos referidos al autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuricidad, son también necesarios para la imposición de la pena.

Actúa antijurídicamente quien, sin estar autorizado, realiza un tipo jurídico penal y ataca con ello un bien jurídico penalmente protegido. Actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico tipificado en la ley penal como delito, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a derecho.

La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para que le puedan ser atribuidos sus actos.

Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y

antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que estos sean típicos y antijurídicos.

El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, le sean reprochables.

Las causas de exclusión o limitación:

Las causas de exclusión o limitación de la imputabilidad o causas de inimputabilidad no son más que el reverso de la imputabilidad. Causas de inimputabilidad son, por tanto, aquellos supuestos en los que no puede afirmarse que la persona sea imputable en el momento de la realización del delito.

Dichas causas se encuentran previstas por la Ley, a través de determinadas proposiciones normativas en las que el legislador entiende que no existe imputabilidad en modo alguno.

Se trata por consiguiente, de una cuestión jurídica, sometida por ello a las reglas de la interpretación jurídica. Su determinación y concreción se lleva a cabo, sustancialmente mediante una valoración judicial. Esto no significa, en absoluto, desconocer ni minimizar la transcendencia de la ayuda del perito o experto médico, psiquiatra, psicólogo, criminólogo, etc., pero sin desnaturalizar lo que es y debe ser un proceso jurídico-valorativo, cuya última y decisiva palabra ha de ser jurídica.

Desde otra perspectiva, cabe afirmar que entre la imputabilidad y la inimputabilidad no existe una separación tajante. La capacidad intelectual y volitiva en que la imputabilidad consiste no aparece íntegramente en unas personas y desaparece por completo en otras, sino que, aún cuando haya personas totalmente capaces y otras absolutamente incapaces, existe entre unas y otras un escalonamiento gradual y progresivo de la capacidad de culpabilidad.

Parece claro que las capacidades intelectuales y volitivas son, por su propia naturaleza, graduables, y que se encuentran efectivamente graduadas según los individuos y las circunstancias.

Junto a la imputabilidad y a la inimputabilidad cabe, pues hablar de personas y supuestos en los que concurre una imputabilidad disminuida o semi-imputabilidad.

En el Código penal vigente actualmente en Honduras, son dos las causas de inimputabilidad.

Dispone el artículo 23 del Código penal hondureño:

“No es imputable:

1) El menor de doce (12) años. Tanto éste como el mayor de dicha edad pero menor de dieciocho (18) años quedarán sujetos a una ley especial; y,

2) Quien en el momento de la acción u omisión padezca de psicosis, de retardo mental severo o de psicosis transitoria y carezca, por ello, de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio haya sido provocado por el agente doloso o culposamente”.

1.-Mayoría de edad.

La edad tiene profundo influjo sobre la imputabilidad. La menor edad es causa de exención o de atenuación de la responsabilidad; la edad avanzada, la senectud, también.

La menor edad tiene honda influencia sobre la imputabilidad. En este periodo de la vida humana, en la infancia y en la adolescencia, falta la madurez mental y moral, como falta la madurez física, por esta razón el niño y el adolescente han de ser tratados, desde el punto de vista penal, de modo diverso al del hombre adulto.

Durante la infancia no existe imputabilidad, mientras que durante la adolescencia, aunque pueda hablarse de imputabilidad, esta ha de serle exigida por un procedimiento distinto al del adulto.

El artículo 122 de la Constitución de Honduras dispone que:

“La Ley establecerá la jurisdicción y los tribunales especiales que conocerán de los asuntos del Código de la Niñez y de la Adolescencia.

No se permitirá el ingreso de un menor de dieciocho años a una cárcel o presidio”

De acuerdo con esta norma programática, el Código penal, como hemos visto, proclama la inimputabilidad del menor de doce años y, la sujeción a la legislación especial tanto de éste como del mayor de doce años y menor de dieciocho años.

Por lo tanto al menor de dieciocho años se le podrá aplicar la normativa vigente específica para la delincuencia en niñez y adolescencia pero en ningún caso los preceptos del Código penal y, como dice la Constitución, tampoco podrá ingresar en ninguna cárcel o presidio, sino únicamente en los Centros de Menores destinados al efecto.

Respecto del mayor de 18 años y menor de 21, el Código penal hondureño en su artículo 26, 2º, lo considera como atenuante cuando dice que:

“Son circunstancias atenuantes”:

2. Ser el culpable menor de veintiún años y mayor de setenta”

La razón de esta limitación de responsabilidad para los menores de 21 años aparece clara, pues su proceso de madurez y desarrollo no ha alcanzado todavía su plenitud y por lo tanto la sanción a imponer no sólo ha de ser inferior a la que correspondería a un adulto, sino fundamentalmente ha de ser distinta y dirigida principalmente a la reeducación del menor. El problema de la criminalidad juvenil no es un problema de atenuación de pena, sino un problema de adecuado tratamiento.

La enajenación mental

Aunque el Código penal utiliza a la hora de regular esta eximente una terminología poco científica, se hace recaer el acento en el efecto psicológico que deben producir estas alteraciones psíquicas: impedir la comprensión de la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión.

La alteración psíquica equivale a la perturbación plena de las facultades psíquicas cognoscitivas o volitivas o de ambas a la vez. Es decir, el sujeto es declarado inimputable si su perturbación psíquica le impide conocer o comprender la ilicitud de su comportamiento o determinar su actividad conforme a dicho conocimiento.

El efecto psicológico constituye pues, una perturbación de las facultades intelectuales o volitivas y esta perturbación debe incidir en la comprensión de la ilicitud del hecho o en la capacidad de orientar la conducta conforme a dicha comprensión. Si la perturbación no es plena, sino parcial, la imputabilidad no quedará completamente anulada, pero si disminuida, recibiendo el tratamiento de una eximente incompleta (artículo 26. 1 C.P. hondureño).

Dentro de este concepto de psicosis que recoge el Código penal, hay que incluir todas aquellas enfermedades mentales que implican una anulación de la inteligencia o de la voluntad tales como psicosis en sentido estricto y neurosis, pero también aquellos defectos o alteraciones de la imputabilidad derivadas del consumo de drogas.

Pero no todas las enfermedades mentales tienen la misma jerarquía y por lo tanto no son totalmente equiparables.

Se han propuesto tres aspectos que han de valorarse simultáneamente en un caso de enajenación:

Criterio Cualitativo.- Es decir la naturaleza de la perturbación. Aquí habría que establecer el diagnóstico y si no es posible, enumerar, al menos, las funciones psíquicas afectadas y la repercusión que tiene sobre la conducta del individuo. Además de señalar la enfermedad o anomalía hay que indicar si ésta, altera el conocimiento que la persona tenga del hecho, o la capacidad de decidirse en un sentido o en otro.

Criterio cuantitativo.- Es preciso señalar el grado de afectación de los dos conceptos enunciados anteriormente. Las facultades psicobiológicas pueden estar profundamente o parcialmente alteradas. Un mismo proceso, la esquizofrenia, según la fase en que esté la enfermedad, puede cursar con una total o parcial alteración de las capacidades cognitivas o volitivas del sujeto.

Criterio cronológico.- El proceso puede cursar con episodios de alteración total de las características psicológicas del

individuo y otros de remisión. También puede ser permanente y hay que declarar la misma.

PSICOSIS.-

Clásicamente se ha definido su origen en un trastorno orgánico cerebral subyacente y si en algún caso no se ha objetivado se presupone. Las podemos dividir en: exógenas, orgánicas, cuando el agente causal actúa directamente sobre el cerebro (tumor, meningitis, encefalitis, TCE,) Sintomáticas en las que la causa primariamente es extracerebral pero termina actuando, por diversos mecanismos fisiopatológicos, en el encéfalo, dando lugar a un trastorno mental. Ej.: Insuf. respiratoria--hipoxia--alteración Cerebral--desorientación etc. En estos casos se dice que la psicosis es un síntoma de una grave afección sistémica. Por contra las endógenas, se corresponden con aquellas en que nunca se ha podido demostrar la causa cerebral (pero se le presupone). Reciben el nombre de endógenas porque SURGEN de DENTRO DE LA PERSONALIDAD. La herencia tiene un papel relevante en ellas y también se han llamado funcionales. Comprenden: ESQUIZOFRENIA, PSICOSIS MANIACO-DEPRESIVAS, PARANOIA Y PSICOSIS ATÍPICAS O MARGINALES, cursan habitualmente con alteración de la conciencia y voluntad.

NEUROSIS.

Han sido consideradas desde Freud como trastornos PSICOGENÉTICOS POR EXCELENCIA , las PODEMOS DIVIDIR EN:

DESARROLLOS VIVENCIALES ANORMALES o desarrollos neuróticos de la personalidad. Los síntomas son en todo momento comprensibles. Las circunstancias que rodean la vida van troquelando la forma de ser del paciente. Un conflicto puede ser reprimido a nivel del inconsciente transformándose en un complejo, cuya energía psíquica le impele a expresarse simbólicamente en forma de trastorno (tic, hipocondría, ceguera histérica etc.).

REACCIONES VIVENCIALES ANORMALES.- También llamadas reacciones neuróticas. Son manifestaciones de mayor o menor intensidad que siguen a una emoción intensa (psicotrauma), totalmente comprensibles pero anormales por su intensidad y/o

duración desproporcionada. Aquí están incluidos el Síndrome de estreses postraumático y los trastornos adaptativos del estado de ánimo que suelen asentar sobre una personalidad neurótica.

Las neurosis no suelen afectar la conciencia y voluntad del paciente.

TRASTORNOS DE LA PERSONALIDAD. Antiguamente se les denominaba psicopatías. Son personalidades anormales que sufren y hacen sufrir a la sociedad. Se las considera constitucionales y de mal pronóstico. Una de sus variedades El trastorno límite de la personalidad puede tener incluso episodios psicóticos.

Tradicionalmente se ha dicho que conservan la inteligencia y voluntad; sin embargo hay una tendencia a hacer el mal. Teóricamente el sujeto puede decidir entre el bien y el mal pero su personalidad le inclina hacia este último. Se reconoce una alteración de la imputabilidad y el sujeto presenta un cuadro grávido de valencias psicopáticas, estando el delito en relación con la enfermedad.

OLIGOFRENIAS.-

Retraso mental, clasificable en profundo, Coeficiente Intelectual < 20 incapaces de comer solos : inimputables. Grave, CI= 20-35 tras adiestramiento pueden adquirir hábitos de higiene: Inimputables. Moderado CI =35-49 relaciones interpersonales malas y afectivas elementales. Adiestrables. Graves problemas para comprender normas sociales. En general inimputables. Influenciabilidad, y finalmente, retraso mental leve CI=50-70. Conforme aumentan el CI son más capaces de conocer y decidir.

En cuanto al trastorno mental transitorio, se considera como una reacción del sujeto a una causa externa, una reacción vivencial anómala. Situaciones tales como la depresión reactiva, la reacción explosiva y en corto circuito, la reacción histérica y, en general, todas las llamadas reacciones exógenas de Bonhoeff, se pueden incluir en este concepto, siempre que tengan intensidad suficiente para producir una grave perturbación del psiquismo. Estados de perturbación pasajera y profunda de las facultades mentales. Posteriormente se produce una recuperación completa, sin peligro de reaparición. Las características que debe reunir el TMT son:

Que haya sido desencadenado por una causa evidenciable e INMEDIATA. Generalmente es una causa exógena, (psicosis Tóxicas, también se admite un choque psíquico).

Que su aparición haya sido brusca, o al menos rápida. Si la causa es un choque psíquico este ha de ser inmediato a la reacción; ya que si se retrasa en el tiempo, el estímulo psíquico se debilitaría. Si la causa es una infección que provoca una psicosis toxica, puede haber un lapso de tiempo mayor entre la aparición de los síntomas y el hecho.

Que su duración haya sido breve. No define la jurisprudencia el tiempo mínimo, esta condición alude más bien a que ha de ser una situación pasajera.

Que cure de forma rápida y sin secuelas; siendo poco probable su reaparición. Se entiende si no reaparece la causa.

Que surja sobre una base patológica del sujeto en que se manifestó. Hay autores que niegan la necesidad de un estado de predisposición, sobre todo en grandes traumatismos, intoxicaciones y fiebre. Si se da por ejemplo, en muchas psicopatías, ante choques psicológicos o en el embriaguez patológica.

Que la intensidad del trastorno sea origen de la anulación de las capacidades cognitivas y volitivas.

b. Jurisprudencia

1) Aspectos intelectual y volitivo. En materia de capacidad de culpabilidad, la jurisprudencia se apoya en una distinción conceptual entre la comprensión del derecho (aspecto intelectual) y la capacidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión (aspecto volitivo). (TS. 30-6-97)

2) Postergación de los criterios médicos. No se sigue un estricto criterio médico psiquiátrico, sino que se atiende, más que al origen o presupuesto biológico o psíquico de la alteración, a la consecuencia o concreto efecto que se pueda producir, o sea, a la anulación o disminución de la capacidad intelectual o volitiva, de manera que no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (TS 24-10-97)

3) Oligofrenia. A diferencia de la psicosis, no supone una alteración cualitativa de la vida psíquica, sino una insuficiencia cuantitativa del grado de inteligencia. Dentro de las oligofrenias, la debilidad mental constituye el límite más próximo a la normalidad, por encima de la imbecilidad y la idiocia. La capacidad de culpabilidad del oligofrénico varía por la intensidad con que la alteración psíquica afecta a la posibilidad de comprender la ilicitud y de conducirse de acuerdo con tal comprensión (TS 28-11-97).

4) Embriaguez. Sólo exime de responsabilidad la embriaguez que es plena o total en cuanto a sus efectos y fortuita en cuanto a sus causas (TS. 7-6-97)

5) Psicopatía. Se puede apreciar, como eximente incompleta, en caso de alteraciones psicopáticas que alcanzan una profunda gravedad o aparecen asociadas con anomalías orgánicas o psíquicas potenciadoras de la alteración psicológica, como son lesiones cerebrales, oligofrenias, alcoholismo crónico, fuerte ingestión alcohólica, afectación de estructuras cerebrales, adicción a heroína o carencia de la misma, aunque en cada caso deberá tenerse en cuenta el diferente grado y alcance de la afectación de la personalidad (TS 5 y 24-11-97, 20-2-98)

c. El tratamiento penal del delincuente toxicómano

La imputabilidad es la capacidad de culpabilidad. En principio imputar es atribuir, por tanto imputabilidad es la capacidad de una persona de que se le sean atribuidas las acciones por ella realizadas.

La imputabilidad se basa en dos elementos básicos que son la inteligencia y la voluntad. Es imputable aquel que mantiene la capacidad de entender y de querer. La imputabilidad es un concepto jurídico pero sus bases son psicobiológicas. Cuando al jurista le interesa conocer cual es la imputabilidad de un presunto delincuente solicita dicho dictamen al perito médico o psicólogo. En dicho dictamen el perito no puede decidir si el sujeto en cuestión es o no imputable, ya que como apuntaba anteriormente la imputabilidad es un concepto jurídico cuya concreción corresponde a los juristas. El perito lo que tendrá que manifestarse es sobre el estado de conservación de las bases psicobiológicas de la imputabilidad es decir, sobre si la inteligencia o la voluntad están o no conservadas y

posteriormente el jurista valorará dicho estado en base a determinar si la persona es imputable, semi-imputable o inimputable.

La valoración que efectúa el legislador respecto de la imputabilidad es la siguiente: Cuando considera que una persona es imputable, le aplica la pena correspondiente, según el precepto infringido del Código penal y las reglas generales del mismo. Cuando estima que una persona es semi-imputable, disminuye la pena. Cuando estima inimputable a una persona, no le aplica ninguna pena, es decir le absuelve, y le aplica las medidas de seguridad pertinentes. Por lo tanto el conocer si una persona es o no imputable es imprescindible para la determinación de la pena o medida de seguridad que en su caso le es aplicable.

La valoración jurídica de la toxicomanía se encuentra comprendida entre su apreciación como causa de exención total de la imputabilidad y la más total y absoluta irrelevancia penal, pasando por la consideración como semi-inimputabilidad o como leve disminución de la culpabilidad. La toxicomanía como tal, no es valorable jurídicamente sino sólo en cuanto el toxicómano al realizar los hechos concretos objeto del procedimiento, presenta afectadas sus facultades de algún modo.

Así, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Abril de 1.994, distingue entre "a) Atenuante analógica, cuando la influencia de aquella situación en el psiquismo de quien la padece en el momento de la comisión de los hechos es más o menos leve, pero en todo caso no actúa bajo el síndrome de abstinencia, b) La eximente incompleta cuando a la simple condición de drogadicto se suma una manifiesta crisis de abstinencia, de modo que la aminoración de las facultades intelectivas, pero sobre todo volitivas, es intensa y c) La eximente completa para los supuestos en que la abolición de tales facultades es total", argumentando más adelante la misma sentencia que "la simple condición de drogadicto, por si misma, no constituye causa legal de atenuación de la responsabilidad".

En este mismo sentido la S.T.S. 26-9-96, mantiene similar criterio, diciendo que "Es doctrina reiterada de esta Sala -cfr. SsTS 31 mayo 1995 y 9 febrero 1996-, que no basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función

de la imputabilidad, o sea de la incidencia de la ingestión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto."

Veamos a continuación una reseña jurisprudencial:

1) Psicosis. El consumo de drogas puede ocasionar una verdadera psicosis, con deterioros cerebrales que eliminan la imputabilidad del sujeto y procederá la exención completa cuando el sujeto no comprenda la ilicitud del hecho o no actúe conforme a esa comprensión (TS 5-3-98)

2) Anulación completa de la mente. La eximente completa de toxicomanía exige la anulación completa de la voluntad o inteligencia. Esto ocurre cuando el drogadicto actúa bajo la influencia directa de la droga, que anula de manera absoluta su mente (TS 24-11-97)

3) Como eximente incompleta. Precisa de una grave perturbación que, sin anular las facultades mentales (capacidad de comprensión del ilícito o actuación conforme a esa comprensión) las disminuya sensiblemente, lo cual puede producirse:

- ◆ De una manera directa, por efecto de su ingestión, produciendo un deterioro de la personalidad, si el consumo ha sido continuado

- ◆ En los casos en que la drogodependencia aparece asociado a situaciones de deficiencia psíquica, tales como ciertas oligofrenias leves, psicopatías u otras anomalías de la personalidad (TS 18-7, 24-11 y 2-12-97, 13-2 y 5-3-98)

4) Atenuante analógica (artículo 26. 14 CP).

- ◆ De una manera directa, cuando la intoxicación por consumo de drogas no sea plena.

- ◆ De una manera indirecta, porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada, cuando se carece de la droga, por efecto del síndrome de abstinencia, aunque podría haber actuado de otro modo con grandes esfuerzos (TS 18-7, 24-11 y 2-12-97, 13-2 y 5-3-98)

La atenuante analógica de toxicomanía o de grave intoxicación supone una alteración leve de las facultades anímicas, bien por efecto

de su consumo, bien como consecuencia de la ansiedad o irritabilidad producida por la carencia de la droga, en el caso de síndrome de abstinencia (TS. 24-11-97, 5-3-98).

No basta con ser drogadicto. Es jurisprudencia reiterada que no basta con ser drogadicto, sino que además ha de estar levemente disminuida la imputabilidad por efecto de la ingestión de drogas, bien afectando a las facultades intelectivas, bien a las volitivas (TS 2-12-97)

d. La “actio libera in causa”

Todas las categorías de la teoría del delito van referidas al momento de la comisión del hecho. La imputabilidad no podía ser una excepción en este sentido. La cuestión de si el autor posee o no la capacidad suficiente para ser considerado culpable, viene referida al momento de la comisión del hecho.

La “actio libera in causa” constituye, sin embargo, una excepción a este principio. En este caso se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era, pero si lo era en el momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica.

La imputabilidad aquí viene referida a la acción precedente a la acción típica, y es esta acción precedente la que fundamenta la exigencia de responsabilidad. Por ello el artículo 23. 2º, in fine, del C.P. hondureño, excluye la inimputabilidad, cuando “el trastorno mental transitorio haya sido provocado por el agente doloso o culposamente”.

De aquí se deduce que en el caso de que el sujeto se hubiera colocado dolosamente en estado de trastorno mental transitorio para delinquir, el delito cometido debe imputarse a título de dolo ya que el propio sujeto se utiliza como instrumento de comisión del delito; pero en la medida en que el delito cometido sea distinto o más grave que el que el sujeto quería cometer sólo se podrá imputar a título de imprudencia.

Si la situación de no imputabilidad se ha provocado dolosa o imprudentemente, pero no con el propósito de delinquir, podrá haber una responsabilidad por imprudencia por el hecho cometido en estado de inimputabilidad.

Referencia complementaria a la Medicina Legal, Psicología y Criminología.

De todas las Ciencias penales auxiliares del Derecho penal, cobran especial importancia en relación con el tema que estamos viendo, la Medicina legal, la Psicología y la Criminología.

La Medicina legal es de todas las ciencias biológicas la más vinculada y subordinada al Derecho penal. Dentro de ella la Psiquiatría forense es una especialidad que estudia la capacidad volitiva e intelectual del individuo, para que el Juez pueda pronunciarse sobre su imputabilidad.

Ya hemos visto que la imputabilidad es un concepto jurídico, pero sus bases, aquellas sobre las que se asienta no lo son. Estas tienen una naturaleza psico-biológico.

Por esta razón cuando el Juez tiene que valorar la capacidad de culpabilidad, va a necesitar una pericia médica. Será el Médico forense o el Psiquiatra forense el que tendrá que informar al Juez respecto a cual es el estado de conservación de la inteligencia y voluntad. El perito ni puede ni debe decir si el sujeto es o no imputable. Lo que debe de hacer es facilitar las bases al Juez para que éste, a la vista del dictamen pueda llegar a la conclusión jurídica adecuada sobre la imputabilidad o inimputabilidad.

Como vemos la trascendencia de la pericia medico legal, es absoluta para el tema de la imputabilidad.

Por su parte la Psicología criminal o Psicología del delito o del delincuente, estudia las desviaciones y motivaciones de la personalidad en relación con el crimen como factores primarios del mismo y trata de averiguar o de conocer que es lo que induce a esa persona a delinquir, que significado tiene esa conducta para él, por qué la idea de castigo no le atemoriza, etc.

La Psicología criminal explica el proceso de adquisición de ciertos modelos o patrones de conducta, resaltando los factores y variables que refuerzan bien el comportamiento conformista o bien la conducta antisocial. En síntesis a la Psicología criminal le interesa el estudio del origen, estructura y desarrollo de la conducta criminal para

tratar de explicar la realización de delitos a través de la psique humana.

Por lo tanto, desde el momento en que la Psicología criminal estudia al sujeto delincente, su personalidad y sus motivaciones, a veces será necesario solicitar sus auxilios para la determinación de la imputabilidad. Así sucede, por ejemplo, en el caso de las psicopatías.

También la Psicología es especialmente necesaria en la valoración de la imputabilidad de los menores. Hoy día es prácticamente impensable un Derecho penal juvenil que no contemple el auxilio de la Psicología.

Finalmente la Criminología como ciencia empírica e interdisciplinar que estudia las causas del delito, su encuadre social y los métodos de tratamiento de los delincentes, también puede prestar un valioso servicio al Derecho penal en el campo de la capacidad de culpabilidad.

El reproche culpabilístico.

El delito es un hecho culpable. No basta que sea un hecho antijurídico, también debe ser culpable.

Culpabilidad es el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico. La esencia de la culpabilidad radica en la reprochabilidad de la verificación del injusto típico al autor.

Una acción se considera culpable cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor debe serle jurídicamente reprochada. Tal reproche en el campo penal se concreta en la responsabilidad criminal exigida al agente como condición previa para la imposición de la pena. Por tanto para que un individuo sea penado no basta con que su acto sea antijurídico y típico, es preciso además que le sea personalmente reprochable.

El reproche contenido en la culpabilidad como elemento del delito, recae solamente sobre las relaciones de causalidad psíquica existentes entre el agente y el hecho en cuestión. La peligrosidad y el carácter antisocial del agente, no son fundamento de la culpabilidad y por tanto causa de absolución o de condena, solamente pueden influir en la medida de la pena o en la adopción de medidas de seguridad.

Como dice Maurach, la culpabilidad es el reproche que se hace al autor por haber abusado de su imputabilidad en relación a un determinado hecho punible.

Desde que al lado del dolo se admite la culpa como segunda forma de la culpabilidad, se ha reprochado a quien actúa culposamente el no haber puesto el cuidado que las circunstancias exigían de él, y una falta del debido cuidado nunca se puede establecer sin comparar la conducta del sujeto con la que debió de realizar según una norma que por definición no es la conducta misma.

La formulación de ese reproche requiere llevar a cabo una actividad judicial - un juicio- en el que se determine que verificó el hecho típicamente antijurídico a pesar de que era capaz de abstenerse de hacerlo y de que le era exigible esa abstención.

La reprochabilidad que constituye el juicio de culpabilidad, queda integrado por la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, por el dolo y la culpa y por la exigibilidad.

El juicio de culpabilidad no es un mero y simple juicio de valor, sino un juicio específico de reproche en el que se comprueba que el hecho antijurídico es propio del autor y se le recrimina, directa y personalmente, por haberlo efectuado. En el juicio de culpabilidad, más que valorar en sentido estricto, se atribuye y reprocha la realización de lo conceptuado como desvalioso en el juicio de antijuricidad que es, en definitiva, el juicio de valor (o desvalor) por antonomasia, de la estructura jurídica del delito

El delito doloso y el delito culposo. Sus clases.

El Código penal recoge claramente la distinción entre dolo y culpa en su artículo 13, cuando dispone:

“El delito puede ser realizado por acción o por omisión y necesariamente debe ser doloso o culposo.

El delito es doloso cuando el resultado responde a la intención que se tuvo al ejecutarlo o cuando el autor sabe, o está obligado a saber, que como consecuencia de la acción u omisión existe la posibilidad de que se produzca un efecto dañoso constitutivo de delito, no obstante, lo cual ejecuta el hecho y acepta, por ende, las consecuencias que del mismo se derivan.

El delito es culposo cuando es resultado de imprudencia, impericia o negligencia o cuando es producto de la inobservancia de una ley, de un reglamento o de órdenes, resoluciones o deberes, atendidas las circunstancias y la situación personal del delincuente. El delito culposo sólo será punible en los casos expresamente determinados por la ley.

En ningún caso la pena de un delito culposo podrá ser mayor que la correspondiente a ese mismo delito si se hubiera cometido dolosamente cuando así ocurra, impondrá la pena del delito doloso rebajada en un sexto".

Estas dos fuentes de imputación subjetiva son las únicas sobre las que puede basarse una responsabilidad penal, de ahí que hayan sido acogidas como uno de los principios básicos del moderno Derecho penal constituyendo el principio de culpabilidad.

El ámbito subjetivo de los delitos dolosos está constituido por el dolo.

El término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del derecho.

Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.

De la definición de dolo que hemos visto, se deriva que el mismo se constituye por la presencia de dos elementos: uno intelectual y otro volitivo que no volveremos a reiterar por haberse abordado en un tema específico.

Como hemos visto, la culpa, junto con el dolo constituyen las dos formas puras de la culpabilidad. Si hay dolo cuando se actúa con malicia e intención, causando un resultado querido, podemos decir que hay imprudencia, cuando se actúa con descuido, con falta de diligencia o de modo negligente y se causa un resultado no querido, pero que era previsible. En ambas formas de la culpabilidad el resultado puede ser el mismo -igual desvalor del resultado-, pero al ser distinta la acción -distinto desvalor de la acción-, la reprochabilidad penal es menor en la imprudencia que en el dolo, lo que se traduce en una pena inferior. Por esta razón, el propio artículo 13 del Código penal hondureño, ya establece una limitación penológica, en virtud de

la cual la pena por el delito culposo no puede igualar a la del delito doloso.

La conducta imprudente, descansa sobre dos pilares. Uno es la infracción del deber de cuidado, y el otro la previsibilidad del resultado. La infracción del deber de cuidado implica la omisión por parte del que actúa, de la observancia de una serie de reglas de cuidado que se deben respetar y que según la actividad que se desempeña, vendrán reguladas de uno u otro modo. Así en el conductor de un vehículo, dichas reglas se contienen en la Legislación referente al tráfico rodado, mientras que en el médico, dichas reglas se encuentran en la Lex Artis. La conducta imprudente surge entonces, de la comparación entre la conducta realizada y la que debería de haberse realizado con observancia de las reglas correspondientes de cuidado.

Pero si bien hay un deber objetivo de cuidado, que se delimita con la sujeción a la Lex Artis de la conducta del médico o con el respeto a la legislación viaria por parte del conductor, hay además, un deber subjetivo de cuidado derivado de la capacidad individual del sujeto, pues no sólo se debe actuar con sujeción a las normas generales y exigibles desde una perspectiva media, sino que además debe actuar empleando sus específicos conocimientos, sin que le sea exigible al menos entrenado la misma conducta que al más diestro.

Descansa, asimismo la noción de imprudencia sobre la previsibilidad del resultado. Sólo se castigan aquellas conductas imprudentes que producen unos resultados concretos. El artículo 13, párrafo 3º, in fine del C.P. como hemos visto antes dice: “El delito culposo sólo será punible en los casos expresamente determinados por la ley”. Ahora bien, este resultado ha de ser previsible para que le alcance la culpa. No podemos hablar de responsabilidad por resultados imprevisibles. Esta previsibilidad se construye a partir de la que es exigible a una persona media, sin que sea necesario que el sujeto que realice la conducta imprudente haya previsto el resultado. Es suficiente con que el resultado debiera haber sido previsto, aunque no lo haya sido, para que su producción le sea imputable, siempre, claro está que exista una relación adecuada de causalidad entre la conducta y el mencionado resultado.

Pero no basta con la previsibilidad para responder por el mal causado, es preciso también, su evitabilidad. Problemática es la situación de aquel resultado que se ha producido, mediando una conducta imprudente, pero que también se hubiera producido de no

mediar tal conducta. En aquellos supuestos en los que el resultado se produce haya o no imprudencia, el que actúa no responde de dicho resultado.

Junto con la imprudencia en sentido estricto, el artículo 13 del Código penal, menciona la impericia, la negligencia y la infracción reglamentaria, que al fin y al cabo no son más que subtipos de la imprudencia en sentido amplio.

La impericia consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una profesión o arte. La fuente de la impericia puede estar, bien en la total falta de conocimientos (ignorancia); bien en un error en el juicio (diagnóstico equivocado de un médico, por ejemplo); bien en la defectuosa ejecución del acto (inhabilidad, torpeza, ineptitud). La impericia requiere que el sujeto posea un título profesional; si no lo tiene, habrá una infracción de reglamento coetánea, pero no se podrá hablar de impericia. Por consiguiente, la impericia es siempre una culpa profesional.

La negligencia por su parte consiste en la omisión del cuidado y de la atención que cualquier persona debe poner de ordinario al ejecutar un hecho capaz de perjudicar a otro. Cuello Calón, considera que la imprudencia supone actividad positiva, mientras que la negligencia es omisión de la atención y diligencia debidas.

Finalmente en cuanto a las infracciones reglamentarias, es necesario que guarden alguna conexión y enlace con el hecho o acto en que la imprudencia consiste, ya que las meras infracciones reglamentarias son enteramente irrelevantes en la órbita penal mientras no se hallen conectadas a una acción de carácter culposo.

CLASES DE DELITOS

El Código Penal Español clasifica los delitos en graves, menos graves y faltas. Junto a esta clasificación legal, existen otras de carácter doctrinal, recogiendo nosotros por su claridad y precisión la que elaboró Jose Antonio Sainz Ruiz en el módulo redactado para el Proyecto de formación de la Corte Suprema y la Agencia de cooperación española :

Por su naturaleza, se puede distinguir entre delitos políticos y comunes, cuya importancia radica en que los primeros suelen estar

excluidos en los Tratados sobre extradición, con la salvedad de no considerar expresamente delitos políticos los actos de terrorismo.

Atendiendo al sujeto, cabe hablar de delitos comunes (cualquiera puede ser el autor), y delitos especiales (cuando la ley exige determinadas cualidades para ser sujeto activo de un delito, como funcionario público en la malversación de caudales públicos). Los especiales, a su vez se dividen en especiales propios o en sentido estricto (que no tienen correspondencia con uno común, prevaricación), y los especiales impropios o en sentido amplio, que tienen correspondencia con uno común, pero la realización por determinadas personas hacen que se convierta en un tipo autónomo distinto (falsificación de un documento público realizada por funcionario).

Atendiendo a la acción, se puede hablar de delitos de comisión, o de omisión, según se castigue la actividad del agente o la inactividad del mismo. Desde el punto de vista del resultado, se suele distinguir entre delitos formales o de pura o simple actividad, en los que la mera ejecución de un acto ya es constitutivo de la realización del tipo (injuria, violación etc.) y delitos materiales o de resultado, en los que se exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material (lesión, homicidio).

Teniendo en cuenta el bien jurídico, cabe distinguir entre delitos de peligro, en los que no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre el sujeto pasivo, es suficiente con que el objeto se haya puesto en peligro (delitos contra la seguridad del tráfico), y delitos de lesión, que producen un daño efectivo en el bien jurídico.

Por la culpabilidad, pueden ser dolosos o culposos o imprudentes. Por la punibilidad y perseguibilidad se distingue entre delitos públicos, semipúblicos y privados. Los primeros son perseguibles de oficio o a instancia de cualquier ciudadano y el perdón del ofendido no extingue su punibilidad. En los segundos se necesita para su persecución la denuncia del ofendido, pero una vez producida ésta pueden perseguirse por el Ministerio Fiscal, y el perdón del ofendido sólo en ciertos casos extingue la pena

Por la forma de presentarse, cabe hablar de delito perfecto o consumado, y delito intentado.

Por su duración se puede distinguir entre instantáneos, si se extinguen en el momento mismo de la consumación, y permanentes, cuando continúan aún después de consumados.

Lección 9: La culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad, error de prohibición. La no exigibilidad de otra conducta. El estado de necesidad disculpante. Miedo insuperable. El encubrimiento entre parientes. Delincuencia por convicción o por conciencia.

Como hasta ahora hemos analizado y muy especialmente en el tema 7 al abordar la obediencia debida como causa excluyente de la antijuricidad , cuando insistimos en la relación jerárquica y sobre todo la apariencia de competencia y formalidad legal de quien da la orden , el derecho parte de la premisa inicial de que quien realiza dolosamente el tipo es consciente de que lleva a cabo algo prohibido y por ello en la práctica no suele dar grandes problemas el error de derecho, o técnicamente, error de prohibición.

Ahora bien, la posibilidad de que quien lleve a cabo la acción de forma dolosa pueda actuar erróneamente es evidente, y así debemos distinguir dos posibilidades reales, pero de igual tratamiento. En efecto , el autor puede errar en la existencia de la norma prohibitiva en sí, como por ejemplo la ciudadana extranjera que aborta en Honduras amparada en la creencia errónea de que el aborto terapéutico no es delito (error de prohibición directo), o bien puede errar en la existencia de una causa de justificación (Error de prohibición indirecto), como sería la situación de quien pone en libertad a un preso actuando en la creencia errónea de que la autoridad que le ordena al efecto es competente para ello , o la legítima defensa putativa.

El Código hondureño, es a nuestro juicio , tremendamente generoso con la legítima defensa putativa hasta el extremo dedicarle un párrafo concreto en el tercer inciso del art 25, conforme al cual , no incurre en responsabilidad , quien en la creencia racional de que existe una agresión injusta contra su persona reacciona contra el supuesto agresor , siempre que la reacción sea proporcionada al riesgo supuesto, planteándonos la duda de si cabe su extensión en relación a la morada y su defensa a ultranza , cuestión verdaderamente obsesiva para el legislador en el art 24, siendo de la opinión de que en casos como el que nos ocupa debemos proceder a una aplicación analógica in bonam partem , ya que carece de sentido conceder una gran protección a quien actúa en defensa de la morada ,

y excluir dicha posibilidad cuando la agresión no es real, pero amparada la acción en un error a valorar por el Derecho.

El error de prohibición es el gran olvidado del legislador, incluido el hondureño, que no da tratamiento uniforme a la cuestión como acabamos de ver, siendo lo correcto de lege ferenda considerar al error de prohibición invencible excluyente de la responsabilidad criminal en toda su extensión como hace el art 25 para la legítima defensa propia, porque tampoco está claro que abarque la de tercero, aunque la respuesta positiva se antoja imprescindible, y en el caso de que el error fuera vencible en la esfera del ciudadano de cultura media, la responsabilidad debe mitigarse de forme relevante, por ejemplo como ocurre en el derecho penal español rebajando la pena en uno o dos grados.

Como enseña la jurisprudencia El error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente. Será vencible o invencible en la medida en la que el autor haya podido evitarlo. El primero supone una disminución de la pena y el segundo excluye la responsabilidad criminal.

Afirma la STS núm. 1171/1997, de 29 de septiembre que:

a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (Sentencia de 29 noviembre 1994), de la misma manera y en otras palabras (Sentencia de 16 marzo 1994), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto;

y b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente. No es exigible que el autor conozca, de modo más o menos preciso, los preceptos legales, sino que basta con el conocimiento propio de un profano en la materia de que se trate. Como se lee en la STS núm. 1199/2002, de 28 de junio, el error de prohibición "solo es apreciable cuando se desconoce la ilicitud penal de una conducta, pero no por desconocerse la aplicación a la misma de un precepto agravatorio de un tipo penal, ya que no es exigible al responsable del delito el

conocimiento exacto de la calificación jurídica que su proceder merece. Se trata de un mero desconocimiento de la subsunción jurídica precisa, denominado error de subsunción, que es penalmente irrelevante.

La apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

En el Código de Honduras, una vez más, nos veríamos abocados al uso de la circunstancia atenuante analógica del art 26: 14 en relación con la eximente incompleta del art 26:1 que corresponda, aunque comprendemos que la situación es muy discutible, pero de lege data, no alcanzamos a encontrar otra.

A diferencia del Código actual que regula el error solamente para casos especiales especialmente el error de tipo que se encuentra en el artículo 20 del CP, en el proyecto, Selvin Lopez , entiende con acierto que se hace con carácter general, definiendo el error de tipo, que excluye la tipicidad, y el error de prohibición, que excluye la culpabilidad, y así el Artículo 41.- Causa que excluye la tipicidad (error de tipo).- Existe error de tipo cuando el agente desconozca o aprecie erróneamente una circunstancia constitutiva del comportamiento descrito como prohibido o mandado. Cuando el error de tipo fuera invencible se excluirá tanto el dolo como la culpa. Cuando el error fuera vencible, se excluirá el dolo pero se mantendrá la posibilidad de atribución del hecho como culposo, siempre y cuando esté expresamente previsto como tal. Cuando el error recaiga sobre una circunstancia que agrava la calificación del delito, éste impedirá su apreciación típica. El 44. señala que son causas de inculpabilidad.- 1. Si el autor desconoce en el momento de la comisión del hecho que realiza un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad si no

podía evitar el error. Si lo podía evitar, la pena correspondiente se rebajará en dos tercios. (Error de prohibición).

El primero (error de tipo), debemos recordar que se da cuando recae sobre alguno de los elementos del tipo, estableciéndose que si el mismo es invencible se excluye tanto el dolo como la culpa, y si es vencible se excluye solamente el dolo, sancionándose la culpa en los casos que el Código lo establece expresamente. Se prevé que cuando el error recaiga sobre una circunstancia que agrava la calificación del delito, ésta no será tomada en cuenta; situación ésta que no se encuentra regulado de forma específica en el Código Penal vigente. Se advierte, con relación a las causas de inculpabilidad consignadas en el artículo 25 del Código Penal vigente, que se eliminan la fuerza irresistible, la cual el proyecto como se ha dicho la incorpora como causa que excluye la acción, dejando subsistente el miedo insuperable, agregando como causa de inculpabilidad, la de que la acción obedezca a una insuperable coacción ajena. Es de hacer notar también que en el proyecto se considera como causa de inculpabilidad el Estado de Necesidad exculpante, que se incorpora en el numeral 3 del artículo 44 (del Proyecto) entre las causas que excluyen la culpa, ésta se encuentra en el Código Penal vigente en las causas de justificación en el numeral 4 del artículo 24 CP, encontrándose regulada en el mismo numeral ambos, tanto el estado de necesidad exculpante como el justificante.

Con relación al estado de necesidad justificante, en el Código Penal actual, hace referencia específicamente que exime al que haya causado daños al patrimonio ajeno, si concurren las circunstancias siguientes:

- a.- Realidad del mal que se trata de evitar.
- b.- Que dicho mal sea mayor que el causado para evitarlo.
- c.- Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No pudiendo alegar estado de necesidad quien tenía el deber de afrontar el peligro. Por el contrario el Anteproyecto lo regula de la siguiente manera; Artículo 41.4.- Obra en estado de necesidad justificante, quién para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Realidad del mal que se trata de evitar;

Que dicho mal sea mayor que el causado para evitarlo;

Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo;

Que la situación de necesidad no haya sido provocada voluntariamente por el sujeto; y

Que el agente no tenga el deber de afrontar el peligro.

De lo anterior se advierte que es posible justificar una acción por medio del Estado de Necesidad Justificante, un perjuicio o lesión a otro bien jurídico diferente al patrimonio, que es el que en el actual código únicamente podrá ser susceptible de afectación y que daría lugar a iniciar la verificación de los demás tres requisitos del artículo 24.4 CP.

Se ha hecho desaparecer en el anteproyecto de las causas de inculpabilidad, la legítima defensa putativa; por advertirse la posibilidad de incluir ese supuesto de hecho en el error de prohibición (antes estudiado); sobre el cual se dispone que si es inevitable no hay responsabilidad penal, y si es evitable se rebaja la pena en dos tercios. Debemos convenir en que técnicamente es mucho mas correcto.

Se elimina de las causas de justificación la obediencia debida, en virtud de que de conformidad a lo que dispone el artículo 323 de la Constitución de la República nunca podría alegarse tal causa. Según los proyectistas se advierte, sin embargo, que la existencia de esta causa de justificación podría servir de fundamento para alegar el error de prohibición en los casos en que el autor haya creído que obraba en obediencia debida; para ese efecto, podría tal vez ser conveniente que se conserve la indicada causa de justificación en los términos que lo regula el artículo 24.6 CP.

En lo que respecta a la legitima defensa personal, de parientes y de extraños, como causa de justificación o eximente de antijuridicidad, no hay cambios entre el lo contenido en la Legislación actual y el anteproyecto de ley.

Con relación a la causa de justificación número 5 del artículo 24 del CP vigente; solamente existe la variante que en lugar de enunciarse como cumplimiento de un deber, se agrega en el proyecto "cumplimiento de un deber legal..." en lo demás está igualmente regulado.

La cuestión de una aplicación analógica del estado de necesidad no ha sido admitida en la doctrina moderna relativa a los llamados autores de conciencia. La opinión fundada en la equivalencia de la vida terrenal y la vida eterna ha sido, en general, rechazada por la opinión dominante afirmando que "la vida eterna no es un bien de protección en un Estado ideológicamente neutral". En la misma línea se ha sostenido que, en todo caso, el cumplimiento de un deber legal no puede ser fundamento de una responsabilidad moral o religiosa cuando no se está obligado a prestar un servicio que necesariamente implique el riesgo real e inminente de afectar bienes jurídicos ajenos.

Otros argumentos favorables a la aplicación analógica del estado de necesidad han hecho referencia a la "perturbación de la personalidad" que se derivaría del incumplimiento del deber en contra de los dictados de la propia conciencia, pero también han sido cuestionados porque, no cabe esperar que tal perturbación se produzca.

Consecuentemente, se sostiene que estos casos se deben resolver sobre la base de la Constitución, que garantiza la libertad ideológica y religiosa, que, en todo caso, se podría invocar como causa de justificación. En este sentido no cabe, como es lógico, hacer ningún juicio relativo a la corrección o carácter erróneo de la religión o ideología, pues ello importaría poner en duda el carácter ideológicamente neutral del Estado.

Sin embargo, desde esta perspectiva la doctrina admite que en el caso de delitos que afectan bienes jurídicos generales el derecho constitucional a la libertad ideológica y religiosa no podría ser invocado como tal causa de justificación, cuando -entre otros casos- el autor que obra movido por su conciencia frustraría de esa manera el cumplimiento de fines esenciales del Estado. En el caso de la negativa a la prestación del servicio militar la respuesta de la jurisprudencia española fue claramente afirmativa mientras el servicio militar era obligatorio y la negativa a su cumplimiento, un delito tipificado en el código Penal, y por consiguiente, no puede ser amparada en dicho

precepto constitucional, toda vez que se trata de la frustración de una función esencial del Estado.

Ello no obstante, no es posible desconocer que, al menos, la conducta del autor que obra bajo la presión de sus propias convicciones, que en modo alguno resultan incompatibles con el sistema de valores constitucionales, puede, de hecho, resultar menos reprochable y por lo tanto menos culpable. A partir de estas consideraciones, un importante sector doctrinal afirma con razón la relevancia de la presión de las convicciones en el marco de la individualización de la pena dado que, de todos modos, el autor no ha lesionado ningún bien jurídico de inmediatas repercusiones sobre las personas ni se ha constatado una repercusión material en el funcionamiento de la institución afectada. Creemos que la conciencia en efecto debe tener un mínimo reflejo en la punibilidad por la vía de la mitigación de la culpabilidad, pero hemos de convenir en que toda medida es poca, y pensemos así en el testigo de Jehová que impide una transfusión de sangre a su hijo de poca edad por razones de conciencia o en quien incumple un deber cuya omisión sea delictiva como sucede en la negativa de la prestación del servicio militar o en quien simplemente se declara insumiso fiscal por entender que los presupuestos del Estado dedican importantes partidas económicas a fines incompatibles con su ideología, en todos estos supuestos a lo sumo estaríamos en presencia de una atenuante analógica con un estado de necesidad disculpante incompleto, no mereciendo en modo alguno mejor tratamiento, pues la libertad ideológica o religiosa, no puede, como regla prevalecer sobre los más altos fines del Estado, ni sobre la propia vida como de hecho sucede en el caso de las negativas a transfusiones con los testigos de Jehová.

Lección 10: Consumación y tentativa. La consumación formal y material. Tentativa, fundamento del castigo de la tentativa. El dolo en la tentativa. La delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos. Distinción entre tentativa acabada y tentativa inacabada. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento voluntario de consumir el delito. Los casos especiales de tentativa.

El proceso que sigue la comisión del delito, es lo que la doctrina define como *ITER CRIMINIS*, es decir actividades en los campos cognoscitivos, prácticos y emotivos. La coordinación que realiza sobre esos tres campos, lo llevarán al fin que se ha propuesto, no obstante la falta de coordinación ya sea individual o colectiva, puede convertir su accionar en una mera tentativa veamos:

El primer aspecto que debemos analizar con relación al *ITER CRIMINIS* lo constituye la *FASE INTERNA* cuando un individuo se plantea la posibilidad de cometer o de realizar un hecho, regularmente tiene primero, que tener o forjar la idea de cometer el delito, seguidamente comienza a deliberar tomando en cuenta los riesgos que implica la comisión del delito así como también el grado de éxito, en estos momentos es cuando por primera vez el individuo comienza a tener un conflicto entre los principios morales con los cuales posiblemente ha sido formado y las necesidades materiales, personales o de lucro que pretende alcanzar, esto último no necesariamente puede acontecer ya que este es un elemento muy subjetivo de apreciar, por último la resolución que consiste en la decisión de cometer el delito, en esta fase, por no haberse concretado actos materiales el hecho es impune.

Nuestro ordenamiento jurídico penal solo castiga estas actividades cuando la proposición o conspiración tienda a atacar un bien jurídico del Estado.

El artículo 17 del Código penal establece: “ La conspiración y proposición para cometer un delito solo son punibles en los casos en que la ley lo declare expresamente.- La conspiración existe cuando dos o mas personas se conciertan para la ejecución del delito. La proposición se configura cuando quien ha resuelto cometer un delito propone su ejecución a otra u otras personas”.

La primera definición de la institución penal, conocida como Conspiración el legislador ha establecido que para que la misma surja a la vida jurídica tiene imprescindiblemente que concurrir los siguientes requisitos:

- a) Concurrencia de dos o mas personas;
- b) Concierto de voluntades
- c) Ejecución del delito

Ejemplo de la concurrencia de la conspiración expresamente señalado en la ley, lo constituye el artículo 336 del Código penal, donde se castiga la Rebelión; dicho precepto reza: “ Son reos de rebelión quienes se alzan en armas para derrocar al gobierno debidamente constituido o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente en lo que se refiere a la formación, funcionamiento o renovación de los poderes público. La proposición y la conspiración para cometer el delito de rebelión serán penadas con reclusión de dos a cuatro años, más una multa de cinco mil a diez mil lempiras”

Los actos internos del sujeto no pueden como punto de partida justificar en modo alguno la intervención del Derecho penal, sería tanto como penar el pensamiento y éste obviamente es libre e impune , salvo cuando el sujeto ha exteriorizado su voluntar dirigida a la ofensa de un bien jurídico y, además, el derecho considera que debe actuar sin esperar a más, y siempre anticipando un resultado inexistente, considerando atacado un bien jurídico que no se traduce en un cambio del mundo exterior. Como indica Sainz Ruiz resulta difícil fijar el momento de la exteriorización relevante, y discutible político –criminalmente cuando es preciso reprimir inmediatamente esas exteriorizaciones . Los actos preparatorios son tenidos por los primeros < actos externos >que pueden determinar consecuencias jurídico –penales.

En consecuencia, los actos preparatorios están también sometidos al principio de legalidad plasmado en una forma genérica de tipicidad: en vez de describirse los actos preparatorios de cada delito se declaran en general punibles ciertos actos encaminados o relacionados con cualquier delito, al igual que sucede con la definición de la tentativa. Este procedimiento legal es conocido como sistema de punición general de los actos preparatorios siendo obvio que depende en gran medida del carácter mas o menos

liberal del texto punitivo y siguiendo a Sainz Ruiz, conviene señalar dos hechos de imprescindible significado:

La problemática de los actos preparatorios, históricamente, ha tenido trascendencia específicamente en cuestiones políticas. El afán de perseguir complotos y conspiraciones ha sido el determinante de las actitudes legales en esta materia, y el mejor ejemplo es la evolución de los Códigos españoles. Los Códigos < liberales > (1848, 1870, 1932, y , ahora, el de 1995) fueron benevolentes en esta materia. Los pertenecientes a períodos más autoritarios (1850, 1928, 1944) establecieron la punición general de los actos preparatorios. En uno y otro caso la decisión obedeció a razones políticas y no a opciones político – criminales de otra índole. Por eso ha podido decirse que el sistema de punición de los actos preparatorios constituye el < termómetro de las oscilaciones políticas de los Códigos españoles.

Fuera de su relación con delitos políticos, los repertorios de jurisprudencia apenas ofrecen sentencias en que se castiguen actos preparatorios, lo que demuestran su inoperancia práctica como preceptos. Se explica, además porque hay tipos específicos de delito –en materia de seguridad del Estado y orden constitucional y otras– fórmulas específicas que tipifican lo que estructuralmente no son sino actos preparatorios, que se ven obligadas a reprimir comportamientos particularmente graves, que no serlo, no pueden dejarse sin reacción hasta que se produzcan los actos externos a los que se orientan (por ejemplo, en materia de terrorismo).

Sin embargo , situaciones de externa delincuencia como la vivida en Honduras en relación a la problemática de las maras obliga a anticipar la consumación de determinados tipos, tal y como hizo el legislador en el decreto 223-2004 en vigor desde el 12 de marzo de 2005, y así el citado decreto introduce el art 332, conforme al cual se sancionará con la pena de nueve (9) a doce (12) años de reclusión y multa de diez mil (L.10,000.00) a doscientos mil Lempiras (L.200,000.00) a los jefes o cabecillas de maras, pandillas y demás grupos que se asocien con el propósito permanente de ejecutar cualquier acto constitutivo de delito.

Con la misma pena de reclusión establecida en el párrafo anterior, rebajada en un tercio (1/3), se sancionará a los demás miembros de las referidas asociaciones ilícitas.

Son jefes o cabecillas aquellos que se destaquen o identifiquen como tales y cuyas decisiones influyan en el ánimo y acciones del grupo.

El legislador da un paso importante pues no se exigen los elementos tradicionales de la conspiración para delinquir, es decir: a) unión de voluntades; b) orientación de todas al mismo hecho; c) decisión firme de ejecutarlo, plasmada además en un plan concreto y acabado; d) Actuación dolosa de cada concertado; e) Viabilidad del proyecto. Este último requisito es importante a fin de no caer en el absurdo de castigar por conspiración a individuos que no tenían posibilidad alguna de llevar a cabo su plan, sino que presume *iuris et de iure* un nivel de peligrosidad extremo anticipando la lesión al bien jurídico seguridad ciudadana prescindiendo, como hemos visto de los elementos clásicos de la conspiración y naturalmente de los de la proposición, aunque condena con mayor crudeza a los que dominan el hecho, los cabecillas de la mara. El artículo en cuestión como sabemos ha dado lugar a ríos de tinta, pero en ocasiones es preciso acudir a fórmulas penales que aun rozando los principios informadores y las garantías, se imponen como auténtica necesidad por ser la única forma de luchar contra determinadas formas de delincuencia organizada. Es algo semejante al problema de la delincuencia terrorista en España, materia en la que se llegan a punir situaciones límite con actos preparatorios

El legislador al describir los tipos a sancionar, hace mención a los delitos consumados, y esos son los tipos que se enumeran en la parte especial. Ahora bien, parte de los delitos ahí descritos admiten la posibilidad de hacer distinciones en su proceso ejecutivo, exigiéndose la valoración de posibles formas imperfectas de ejecución, insistimos en que posibles, pues hay formas delictivas que no lo admiten por consumarse en un solo acto, como la injuria, o que cuentan con un elenco tal de conductas inculpativas que hacen casi imposible la tentativa como es el caso del uso de verbos como “favorecer” en delitos de peligro como el tráfico de drogas.

De acuerdo con la definición legal del Código español hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. El artículo 15 del Código Penal hondureño establece que “hay tentativa, cuando con la intención de cometer un delito determinado,

se realizan actos inequívocos de ejecución y no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente”.-

Conforme a este artículo, para que exista tentativa es necesario que se den los siguientes requisitos:

Que se actúe con la intención de cometer un delito determinado. Como la tentativa exige que se actúe con la intención delictiva, la ley hondureña sólo parece admitir la tentativa en los delitos dolosos, aquello que Carrara significativamente resumía en que no hay nadie que se atreva a dudar (excepto los neófitos y los excéntricos) del principio universalmente aceptado de la imposibilidad de combinar un delito culposo con una tentativa punible. Intentar quiere decir dirigir sus propios actos a un fin determinado; estar en culpa quiere decir no haber querido, antes bien no haber ni siquiera previsto ese fin. Por consiguiente, entre los dos términos hay una inconciliable contradicción, y no podrán encontrarse reunidos ambos.

Que se realicen actos inequívocos de ejecución de un delito determinado. Deben comprenderse como actos inequívocos de ejecución, aquellos en los que no quede duda de que se ha dado inicio a la ejecución no de cualquier delito sino de un delito determinado, por lo tanto también deben ser actos unívocos, es decir de la misma naturaleza o índole y por ende de igual valor, y

Que dicho delito no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Un delito puede no consumarse por causas que dependan de la voluntad del agente o por causa ajenas a esa voluntad. En el primer caso no habrá tentativa porque el delito no se consuma no por causas ajenas a la voluntad del agente, como exige este artículo, sino por causa dependientes de la voluntad del agente. Por eso el arrepentimiento sea activo o pasivo excluye la tentativa, siempre que a consecuencia del mismo no se produzca el resultado.

También es posible diferenciar entre que el sujeto haya realizado todos los actos que deberían producir el resultado o solo una parte. A la primera opción se la designa doctrinalmente como tentativa acabada, e inacabada a la segunda pero en realidad el grado de desarrollo de la tentativa solamente puede ser trascendente para la determinación de la pena, que bien la podemos hacer depender del peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado, pero no distingue el art 15 entre una y otra para rebajar la pena en grados distintos.

La tentativa según la jurisprudencia requiere como infracción esencialmente dolosa, que exista conciencia y voluntad de realizar un determinado delito. El dolo en la tentativa es el mismo que en la consumación, incluso igual que en los actos preparatorios, frontera difusa y de difícil precisión en no pocas ocasiones. Siempre la intención del sujeto ha de referirse a la consecución del delito en su perfección. No hay un dolo de tentativa diferente del dolo de consumación. Tal voluntad delictiva ha de manifestarse a través de "hechos exteriores". El Derecho Penal no sanciona las voluntades criminales mientras éstas no se hayan manifestado fuera de la mente de su autor. Con tales hechos exteriores ha de "darse principio a la ejecución del delito directamente". Tal inicio de la ejecución constituye la frontera inferior de la tentativa que señala su límite respecto de los actos preparatorios.

El no haberse completado los actos de ejecución tiene que deberse a "causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento". La concurrencia de desistimiento no impuesto por las circunstancias excluye la punición de la tentativa.

Debe admitirse que, la diferencia entre los actos preparatorios ajenos a toda relación penal, y la tentativa, sancionable penalmente estriba en que en esta, según el propio Código el culpable de principio a la ejecución del delito directamente y por hechos exteriores, por tanto estima serán ejecutivas aquellas acciones debidas al plan del autor que actúen como partes integrantes del comportamiento típico que entrañan causalmente riesgo o peligro inmediato, para el bien jurídico protegido y el principio de la ejecución delictiva se producirá al manifestarse la voluntad del agente de manera objetiva, como producto de su plan delictual, dando comienzo a la causalidad de la acción que no se contempla, ni con el quehacer total, ni con el resultado. Con precisión más elocuente la Sentencia del T S de 9 de junio de 1973, habla ya de tres notas características de la tentativa y diferenciadoras de los actos preparatorios

Primero.- En la tentativa formalmente los actos inciden en el núcleo del tipo.

Segundo.- Ponen, materialmente, en peligro el bien jurídico penalmente protegido.

Tercero.- Subjetivamente, esa exteriorización de actos planeados y comenzados a ejecutar penetra efectivamente en el núcleo del tipo, poniendo directamente en riesgo del bien jurídico protegido.

Respecto de la tentativa inidónea, debe afirmarse, que la misma se caracteriza, por la falta de intencionalidad del agente, de comenzar a realizar los actos externos propios y directos para la comisión del delito, porque la actividad iniciada por el mismo no va inequívocamente encaminada a la producción de un resultado antijurídico y por fin, aunque tuviera intencionalidad y actividad delictivas los medios elegidos no son aptos -inidóneos- para producir el resultado o unas y otras carecerían de objeto. (Ver Sent. de 26 de febrero 1981 y 24 de mayo de 1982).

Siguiendo de nuevo a Sainz Ruiz la adecuación típica en la tentativa, consiste en la correspondencia entre los actos ejecutados y una parte o todos los que conllevan la adecuada ejecución del tipo; en ello residía el desvalor de resultado propio de la ejecución imperfecta. En la tentativa inacabada, la << adecuación típica >> tiene más importancia, si cabe, que en la llamada << acabada >>. Ello es fácil de atender: en la acabada el resultado << se va a producir >>, lo que evidencia que el autor ha provocado un proceso causal adecuado, sin perjuicio de que, en algún caso, puedan concurrir cursos causales anormales o << concausas >> imprevisibles, supuestos en los que también fallará lo subjetivo (el curso causal no será querido y previsto). En la tentativa inacabada los actos ejecutados, amén de estar orientados por el autor a la consumación del delito, deben ser por sí mismos idóneos para tender a aquella meta, cosa que la ley exige cuando define la tentativa como << principio a la ejecución... directamente por hechos exteriores >>. Por consiguiente, en la tentativa los actos ejecutados han de ser parcial o totalmente idóneos conforme al tipo, pero puede ocurrir que el proceso causal emprendido sea inadecuado al tipo, y por consiguiente no lo puede realizar. Se trata entonces de lo que en Derecho Penal se llama tentativa inidónea, o que no que no pueda culminarse por falta de objeto, en cuyo caso se trata de un delito imposible. La tentativa inidónea se caracteriza por la falta de intencionalidad del agente, de comenzar a realizar los actos externos propios y directos para la comisión del delito, porque la actividad iniciada por el mismo no va inequívocamente encaminada a la producción de un resultado antijurídico y por fin, aunque tuviera intencionalidad y actividad

delictivas los medios elegidos no son aptos -inidóneos- para producir el resultado o unas y otras carecerían de objeto.

El art 16 del Código de honduras señala que “ si la tentativa se efectuare con medios inadecuados o sobre objetos impropios, podrá atenuarse la pena o declararse no punible el hecho, según la peligrosidad revelada por su autor”.La consumación consiste en palabras de Antón Oneca en la realización de todos los elementos comprendidos en la figura del delito, que se plasma en coincidencia total entre los hechos y el tipo delictivo .supone por tanto la efectiva lesión del bien jurídico o su supuesta en peligro, según sea la clase de infracción.

El momento de la consumación no puede ser fijado con una regla única, pues depende de la estructura de cada tipo y así, Sainz Ruiz distingue; en los delitos instantáneos la consumación se alcanza en cuanto el acto da lugar al resultado previsto. En los delitos permanentes (por ejemplo, la detención ilegal), el resultado se alcanza al ofenderse el bien jurídico (la víctima fue privada de libertad), pero el estado consumativo se prolonga en el tiempo mientras que dure la situación de ofensa al bien jurídico. En los delitos de hábito, como quiera que no vienen constituidos por una sola acción sino por una reiteración de acciones que permitan al Tribunal afirmar que las mismas forman parte del modo de vida del autor (por ejemplo, proxenetismo), el momento de la consumación depende de una valoración jurídica que realiza el juez. En los delitos continuados, creación jurisprudencial española, que introdujo en el ACP la Reforma de 1983 (art. 69 bis ACP y art 74 CP) como figura construible a efectos de determinación de la pena, las consumaciones parciales se resuelven en una consumación final, que se alcanza cuando el autor realiza el último de los delitos del conjunto.

El momento de la consumación tiene trascendencia para distintas cuestiones, en especial para la fijación del tiempo y el lugar de comisión del delito y, en su virtud, para el cómputo de la prescripción. Además de ello, en algunos casos, por ejemplo, en los delitos permanentes, la prolongación de la consumación permite que se incorporen nuevos cómplices, que lo serán del delito aunque no hayan tenido intervención en su primer desarrollo.

Selvin Lopez en relación al anteproyecto de 2004, nos advierte que el concepto de la consumación del delito es el mismo que en el Código Penal vigente.

En cuanto a la tentativa se vuelve al concepto que aparecía en el Código de 1906, que corresponde exactamente al concepto legal de tentativa del Código Penal Español en su artículo 16,1; que identifica en el mismo la existencia de tres elementos A.- en la parte objetiva, una ejecución parcial o total no seguida de consumación. B.- en la parte subjetiva, la voluntad de consumación. C.- la ausencia de desistimiento voluntario. Este concepto permite la apreciación de tentativa acabada e inacabada al vincularse esta clasificación con ese tercer elemento que es la posibilidad de que dentro del plan del autor este haya terminado su parte (que sería total) o no haberla terminado (que sería parcial).

Articulado del Anteproyecto Artículo 19.- Consumación y tentativa.- Un delito se considera consumado cuando concurren todos los elementos de su tipificación legal.

Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

Por separado, se ha regulado lo concerniente al desistimiento con relación a la tentativa, lo que persigue la posibilidad, de identificar más fácilmente, los casos en que el delito no se produce por causas que ajenas a la voluntad del agente; incluyendo además la regulación del desistimiento, en el caso en que haya varios partícipes, en el cual quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos, que desistan de la ejecución ya iniciada e impida o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidades en que pudieran incurrir por los actos ya ejecutados, si estos fueren constitutivos de delitos o faltas; de esta redacción lo cuestionable es a nuestro juicio que se utilicen calificativos como impedir de forma seria, firme y decididamente, que podría eventualmente causar imprecisiones para establecer la existencia de ese comportamiento positivo del partícipe o coautor.

Con relación a la tentativa inidónea, que se perfecciona cuando se efectuare con medios inadecuados o sobre objetos impropios, según el Código Penal vigente en su artículo 16, podrá atenuarse la pena o declararse no punible el hecho según la peligrosidad revelada por su autor; en cambio en el anteproyecto se determina que podrá el Juez declarar no punible o rebajarse en dos tercios la pena del delito

consumado, según el grado de peligrosidad revelado por el acto. De lo anterior se deriva que ante la dificultad de acreditación de peligrosidad del autor, le deriva el anteproyecto al Juez la determinación de peligrosidad con relación al acto mismo, lo que causará menores complicaciones.

Lección 11: La punibilidad. La pena. Sistema de penas. Ejercicios de fijación de la pena por los Tribunales de Sentencia.

La punibilidad.

Si bien con la constatación de la tipicidad, de la antijuricidad y de la culpabilidad se puede decir que existe un delito completo en todos sus elementos, en algunos casos se exige la presencia de algunos elementos adicionales que no son incluibles en la tipicidad ni en la antijuricidad ni en la culpabilidad, pero que son necesarios para la imposición de la pena.

Difícil es reconducir estos elementos adicionales y excepcionales a una categoría común dada su diferente función y significado político criminal.

Se impone más que la creación de una nueva categoría en la teoría general del delito, la elaboración de una sede sistemática en la que se incluyan estos elementos, que condicionan la imposición de la pena en algunos delitos, pero que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad.

Esta sede, en la que pueden incluirse estos elementos es denominada, la punibilidad.

La punibilidad es, por tanto, una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de la pena y que sólo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, que sólo se exigen en algunos delitos concretos.

En la punibilidad existen causas que la fundamentan (las llamadas condiciones objetivas de punibilidad) y causas que la excluyen (las llamadas causas de exclusión o anulación de la punibilidad o excusas absolutorias).

Las condiciones objetivas de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena.

Se las puede definir como aquellos hechos futuros e inciertos (condiciones), independientes de la voluntad del autor (objetivas) que determinan la punición o la mayor o menor punición de la conducta, dividiéndose, según produzcan la imposición de la pena o un aumento o disminución de la misma en propias o impropias.

Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ellas el dolo o la imprudencia del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él.

Las auténticas condiciones objetivas de punibilidad, no desempeñan una función estructural en la noción de delito: la infracción está ya completa, con independencia de que concurren o no. Repercuten tan sólo sobre la penalidad, en base a consideraciones político criminales, de naturaleza material y no hacen desaparecer la tipicidad, pues ésta ya ha sido afirmada, sino que condicionan únicamente la punición.

En la legislación hondureña, se puede considerar como condición objetiva de punibilidad, por ejemplo, la necesaria declaración civil de quiebra, para la imposición de pena (artículos 233 y 234 Cp⁴¹)

Dentro de las condiciones objetivas de punibilidad, una categoría son las llamadas condiciones objetivas de perseguibilidad o procedibilidad que condicionan, no la existencia del delito, sino su persecución procesal, es decir la apertura de un procedimiento penal. Se trata de obstáculos procesales que, en el fondo, tienen la misma función que las condiciones objetivas de punibilidad

⁴¹ Artículo 233. El comerciante declarado en quiebra fraudulenta conforme al Código de Comercio, será castigado con reclusión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a siete años.

Artículo 234. Incurrirá en reclusión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de uno a tres años, el comerciante declarado en quiebra culpable por alguna de las causas comprendidas en el Código de Comercio.

En el Código penal hondureño, algunos supuestos que se pueden considerar como condiciones objetivas de perseguibilidad son los siguientes:

- ◆ La necesidad de querrela o denuncia para perseguir los delitos contra la libertad sexual, sin perjuicio de las excepciones legalmente establecidas (Artículo 152 Cp⁴²)
- ◆ La necesidad de querrela en los delitos contra el honor (artículo 166 Cp⁴³)
- ◆ La necesidad de querrela en el delito de incesto (artículo 176 Cp⁴⁴)

⁴² Artículo 152.- En los delitos comprendidos en el Capítulo I del presente Título se procederá mediante querrela o denuncia del ofendido.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior y en el Artículo 15 del Código de Procedimientos Penales, el juez podrá actuar de oficio o a instancia de la Fiscalía General de la República, del respectivo Alcalde Municipal o de cualquier persona de pueblo, cuando:

- 1)La víctima sea menor de catorce (14) años.
- 2)Se trate de un menor sin padre, madre o representante;
- 3)El delito es acompañado de otra infracción perseguible de oficio o haya sido cometido por los padres, tutores o representantes;
- 4)Se trate de delito de ultraje al pudor o de alguno de los casos previstos en los Artículos 148 y 149, precedentes; y,
- 5)Se trate del delito de violación."

43

Artículo 166. Los delitos de calumnia, injuria o difamación sólo pueden ser perseguidos en virtud de querrela de la parte agraviada, salvo cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública o institución es del Estado, y, en general, si constituyeren otro delito especialmente penado en este Código.

Para este efecto se reputan también autoridad los jefes de las naciones amigas o aliadas, sus representantes diplomáticos y los demás que, según el Derecho Internacional, deban comprenderse en esta disposición. En estos casos sólo podrá procederse a excitativa del Poder Ejecutivo.

⁴⁴ Artículo 176.- El acceso carnal entre ascendientes y descendientes o entre hermanos será sancionado con reclusión de tres (3) a seis (6) años.

Quien cometa incesto con un descendiente o hermano menor de dieciocho (18) años será penado con cuatro (4) a siete (7) años de reclusión. Dichos menores no incurrirán en pena alguna, pero quedarán sometidos a las medidas tutelares que las leyes especiales determinen.

El delito de incesto se procederá en virtud de querrela de la parte ofendida o de su representante legal si es absoluta o relativamente incapaz. A este delito se le aplicará lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 3 del párrafo segundo del Artículo 152, precedente.

Las excusas absolutorias

La punibilidad también puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable.

Se trata, normalmente, de causas vinculadas a la persona del autor y que, por lo tanto, sólo le afectan a él y no a los demás participantes en el delito.

La clasificación de estas causas de exclusión de la responsabilidad criminal con el nombre de excusas absolutorias procede de Silvela, quien pensaba que en estos casos considera el legislador más útil tolerar el delito que castigarlo, aunque exista delito y haya persona responsable de él.

Como ejemplos de algunos supuestos de excusas absolutorias que existen actualmente en el Código penal hondureño, podemos citar las siguientes:

- ◆ El contraer matrimonio con la ofendida en caso de estupro o rapto (artículo 151 Cp⁴⁵)
- ◆ La retractación pública o la explicación satisfactoria, en los términos legalmente establecidos en los casos de injuria, calumnia o difamación (artículo 163 Cp⁴⁶)
- ◆ El parentesco, en los términos legalmente establecidos, entre el sujeto activo y la víctima, en algunos delitos patrimoniales, concretamente en los hurtos, defraudaciones o daños (artículo 264 Cp⁴⁷)

⁴⁵ Artículo 151.- En los casos de estupro o rapto el delincuente quedará exento de toda pena si contrae matrimonio con la persona ofendida. Para que lo anterior sea aplicable al rapto será indispensable que el sujeto pasivo haya sido puesto en libertad.

⁴⁶ Artículo 163. No habrá lugar a proseguir la causa por injuria, calumnia o difamación:
1) Si el acusado se retractare públicamente antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo y en ofendido aceptare la retractación.
2) Si tratándose de calumnia o injuria encubiertas o equívocas, el acusado diere explicaciones satisfactorias antes de contestar la querrela o en el momento de hacerlo.

⁴⁷ Artículo 264. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

◆ Los actos de mera ejecución por rebeldes o sediciosos que no fueren empleados públicos cuando se disolvieran o se sometieran a la intimación de la autoridad (artículo 339 Cp⁴⁸)

La pena.

Von Liszt decía que el Derecho penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia.

Así pues, cualquiera que sea su origen etimológico, está claro que la pena es la consecuencia jurídica del delito y consiste en la privación de un bien impuesta en virtud del proceso al responsable de una infracción previamente determinada por la ley.

Desde el momento en que la pena implica la privación de un bien, hay que considerarla como un mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo. Es un mal impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.

Los caracteres de la pena son los siguientes:

1) Es un mal para el penado, que proviene de la restricción o privación impuesta al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia, libertad o propiedad.

2) Es impuesta por el Estado. La pena es pública, impuesta por el Estado para la conservación del orden jurídico o para restaurarlo

1) Los cónyuges, el hombre y la mujer que hacen vida marital y los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines.

2) El viudo o viuda, respecto a las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro.

3) Los hermanos y cuñados, si vivieren bajo el mismo techo.

La exención de este artículo no es aplicable a los extraños que participen en el delito.

⁴⁸ Artículo 339. Cuando los rebeldes o sediciosos se disolvieran o se sometieran a la intimación que al efecto les haga la autoridad legítima, quedarán exentos de pena los meros ejecutores de cualesquiera de aquellos delitos, si no fueren empleados públicos.

cuando haya sido perturbado por el delito.

3) La pena debe ser impuesta por los Tribunales de Justicia como consecuencia de un juicio penal.

4) Debe ser personal, debe recaer solamente sobre el penado de modo que nadie pueda ser castigado por hechos de otros.

5) Debe ser legal, establecida por la ley, y dentro de los límites fijados para un hecho previsto por la misma como delito.

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible.

En cuanto al fin de la pena, aunque ya lo tratamos anteriormente, siguiendo ahora el trabajo del profesor Almela Vich tradicionalmente se ha distinguido entre las teorías absolutas, las relativas y las eclécticas.

1.- Teorías absolutas

Atienden sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas el sentido de la pena radica en la retribución, imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y determina la función de la pena. La pena tiene un sentido de sufrimiento, de castigo impuesto en expiación del delito cometido.

La pena es pues, la consecuencia justa y necesaria del delito cometido, entendida bien como una necesidad ética, como un imperativo categórico (retribución por el mal) al modo que la entendió Kant; bien como una necesidad lógica, negación del delito y afirmación del Derecho, como la concibió Hegel.

2.- Teorías relativas

Atienden al fin que se persigue con la pena. Este aspira a prevenir la comisión de nuevos delitos. Se dividen en teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general.

Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten

de la comisión de delitos. La pena sirve de ejemplo al resto de la sociedad, como freno para posibles delincuentes.

Las teorías de la prevención especial ven el fin de la pena en apartar al que ya ha delinquido, de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad

3.- Teorías eclécticas

Tras estas, aparentemente irreconciliables posiciones, se defiende actualmente una postura intermedia que intenta conciliar ambos extremos partiendo de la idea de retribución como base, pero añadiéndoles también el cumplimiento de fines preventivos tanto generales como especiales. Esta postura es la dominante hoy día.

Por ello podemos decir que, en la actualidad, las penas tienen que estar orientadas y dirigidas a la rehabilitación, reeducación y reinserción social del delincuente, pero esto no implica que el único fin de la pena sea el mencionado.

En la Constitución de Honduras, el artículo 87, proclama el carácter rehabilitador de la pena cuando dispone: “Las cárceles son establecimientos de seguridad y defensa social. Se procurará en ellas la rehabilitación del recluso y su preparación para el trabajo”

Pero, además, la pena tiene una finalidad de intimidación general que no puede pasar desapercibida, como tampoco puede ignorarse el barniz retributivo que impregna la imposición de una pena.

Lo que está claro es que la pena ha de ser necesaria y proporcionada. Este principio viene consagrado en el artículo 2 D, párrafo 1º, del Código penal hondureño cuando dice “Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado”.

Sistema de penas.

Las penas que se regulan en el Código penal de Honduras son las siguientes: la reclusión, la prisión, la multa, la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial, la interdicción civil y el comiso⁴⁹.

Hay que tener en cuenta que no se reputarán como penas ⁵⁰:

- ◆ La detención y la prisión preventiva de los procesados.
- ◆ La suspensión de empleo o cargo público acordada durante el proceso o para instituirlo.
- ◆ Las multas y demás correcciones que, en uso de las atribuciones gubernativas o disciplinarias, impongan los superiores a sus subordinados o administrados.
- ◆ Las privaciones de derechos y las reparaciones que en forma penal establezcan las leyes civiles.

Las penas las podemos clasificar atendiendo a diversos criterios. Veremos algunos de ellos.

Por razón del bien jurídico o del derecho afectado.

Según este criterio las penas pueden ser: corporales, privativas de libertad, privativas de derechos o patrimoniales.

a) Penas corporales. Si bien en la antigüedad el carácter predominante de las penas era éste, en la actualidad prácticamente han desaparecido.

En la legislación hondureña están prohibidas.

Proclama el artículo 66 de la Constitución hondureña la prohibición de la pena de muerte, mientras que el artículo 68 de la misma norma proscribía las penas crueles, inhumanas o degradantes, y el artículo 97, establece que nadie podrá ser condenado a penas perpetuas, infamantes proscriptivas o confiscatorias.

⁴⁹ Artículo 38 del Código penal de Honduras.

⁵⁰ Artículo 59 del Código penal de Honduras.

Este principio aparece recalcado en el Código penal, en su artículo 2 B, cuando señala que “Toda persona a quien se atribuya un delito o falta tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrán, en consecuencia, imponerse penas o medidas de seguridad que impliquen tratos inhumanos o degradantes”.

b) Penas privativas de libertad.

Las penas privativas de libertad consisten en el internamiento del condenado en un establecimiento penal en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad y sometido a un específico régimen de vida.

En el Código penal de Honduras, se distinguen dos penas privativas de libertad: la reclusión y la prisión.

La pena de reclusión, sujeta al reo a trabajar por el tiempo de la condena en obras públicas o en labores dentro del establecimiento, de conformidad con la ley que regula el sistema penitenciario⁵¹.

La pena de prisión sujeta al penado a la privación de su libertad en cárceles locales, con la obligación de trabajar en labores dentro del establecimiento⁵²

Pese a lo anterior hay que tener en cuenta en el caso de que la reclusión no exceda de seis meses, podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres de buena fama y las personas mayores de setenta años o valetudinarias. El mismo tratamiento se da a estas personas, si la pena aplicable es la de prisión ⁵³.

c) Penas privativas de derechos.

Las penas privativas de derechos son penas que suponen una limitación de los derechos políticos, civiles o profesionales y que

⁵¹ Artículo 39 del Código penal de Honduras.

⁵² Artículo 47 del Código penal de Honduras.

⁵³ Artículo 42 del Código penal de Honduras.

afectan sin duda a algunos aspectos de la libertad, del patrimonio y del honor.

En el código penal hondureño se consideran penas privativas de derechos las siguientes: la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial y la interdicción civil.

La inhabilitación absoluta se entiende para cargos u oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares durante el tiempo de la condena y produce ⁵⁴:

- ◆ La privación de todos los cargos u oficios públicos y ejercicios de profesiones titulares de que estuviere en posesión el penado, aún cuando los cargos sean de elección popular.

- ◆ La privación de todos los derechos políticos y la incapacidad para obtenerlos.

- ◆ La incapacidad para obtener los cargos u oficios públicos, profesiones y derechos mencionados.

La pena de inhabilitación especial se entiende para un determinado cargo u oficio público, derecho político o profesión titular por el tiempo de la condena y produce ⁵⁵:

- ◆ La privación del cargo, oficio, derecho o ejercicio de la profesión sobre la cual recae.

- ◆ La incapacidad para obtener dicho cargo, oficio, derecho, profesión u otros análogos.

La interdicción civil consiste en la suspensión de los derechos de patria potestad, tutela, guarda y administración de bienes; pero el interdicto puede disponer de los bienes propios por testamento ⁵⁶.

d) Penas patrimoniales

⁵⁴ Artículo 48 del Código penal de Honduras.

⁵⁵ Artículo 49 del Código penal de Honduras.

⁵⁶ Artículo 54 del Código penal de Honduras.

Las penas que tiene por objeto material el patrimonio se denominan penas patrimoniales. Cuando las penas patrimoniales se imponen y deben satisfacerse en dinero, entonces se trata de una subespecie de aquellas que se denominan penas pecuniarias.

En el Código hondureño se distinguen dos penas patrimoniales: la multa, que es pena pecuniaria, y el comiso.

La pena de multa obliga al reo a pagar al Estado, la suma de dinero que el Código penal o las leyes especiales determinen o que el juez fije en cada caso dentro de los límites legales, teniendo en cuenta la capacidad económica del penado y la gravedad del daño causado por el delito ⁵⁷.

En el caso de impago de la multa, el Código prevé la imposición de una responsabilidad personal subsidiaria, pues si no se paga total o parcialmente la multa penal, ya sea en forma voluntaria o por vía de apremio, se conmutará por prisión a razón de un día por cada cinco Lempiras cuando corresponda a una falta, o por reclusión a razón de un día por cada diez Lempiras cuando corresponda a un delito. La prisión conmutada no puede exceder de seis meses y la reclusión de cinco años ⁵⁸.

Finalmente el comiso consiste en la pérdida de los efectos que provienen del delito o falta cometidos, y de los instrumentos con que se ha ejecutado, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho ⁵⁹.

Por razón de su accesoriadad

Se puede distinguir entre penas principales y penas accesorias.

Son penas principales aquellas que pueden ser aplicadas por sí solas, mientras que accesorias lo son aquellas que únicamente pueden serlo junto a una pena principal.

⁵⁷ Artículo 51 del Código penal de Honduras.

⁵⁸ Artículo 53 del Código penal de Honduras.

⁵⁹ Artículo 55 del Código penal de Honduras.

El Código penal de Honduras sigue esta clasificación en su normativa⁶⁰:

Son siempre penas principales: la reclusión, la prisión y la multa.

Son siempre penas accesorias: la interdicción civil y el comiso.

La inhabilitación absoluta o la especial pueden ser penas principales y accesorias. Se imponen como penas accesorias a la reclusión, siempre que la Ley no la impone como pena principal en determinado delito.

Concretamente la reclusión cuando sea por más de cinco años lleva como accesorias la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y la interdicción civil⁶¹, mientras que cuando no exceda de estos cinco años llevará como accesorias la inhabilitación especial y la interdicción civil, asimismo⁶².

El comiso se aplicará en la sentencia condenatoria siempre que sea aplicable⁶³.

Penas únicas y conjuntas

Llamamos penas únicas a aquellas que consisten en una única pena de determinada naturaleza. Así, por ejemplo es una pena única la establecida para el delito de homicidio en el artículo 116 del Código, que consiste solamente en la pena de quince a veinte años de reclusión.

Llamaremos penas conjuntas a aquellas que están constituidas por la acumulación de dos o más penas de distinta naturaleza que deberán aplicarse conjuntamente. En estos casos no debe de hablarse de pluralidad de penas sino de pena compuesta. Una pena

⁶⁰ Artículo 38 del Código penal de Honduras.

⁶¹ Artículo 62 del Código penal de Honduras.

⁶² Artículo 63 del Código penal de Honduras.

⁶³ Artículo 64 del Código penal de Honduras.

compuesta es, por ejemplo la que establece el artículo 188 del Código, cuando sanciona la comisión del referido delito contra la salud pública con las penas de reclusión de tres meses a un año y multa de cien a trescientas lempiras.

Penas conmutables y penas que no lo son

Solamente son conmutables por multa, las penas de prisión y de reclusión, siempre que esta última no exceda de cinco años⁶⁴.

Concretamente la conmuta de la prisión se realiza a razón de cinco lempiras por día y la de la reclusión, a razón de diez lempiras por día.

Respecto de la pena de multa hay que recordar lo dicho antes respecto de la responsabilidad subsidiaria por impago que, realmente es también una conmuta.

Ejercicios de fijación de la pena por los Tribunales de Sentencia.

1.- Las líneas básicas

El sistema de fijación de la pena, regulado en el Código penal de Honduras descansa fundamentalmente en las siguientes bases:

a.- El catálogo de castigos

Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter de principales bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y patrimoniales.

De este elenco de sanciones, lo más importante, a los efectos del sistema de determinación de la pena, es que todos los castigos, a excepción de las penas patrimoniales, son temporales.

Por otra parte el legislador no ha fijado en el Libro Primero del Código penal, lo que podíamos denominar duración natural de cada pena, remitiéndose a los Libros Segundo y Tercero, para establecer

⁶⁴ Artículo 61 del Código penal de Honduras.

en cada infracción lo que podíamos denominar duración legal o extensión de la pena en el delito concreto. Así por ejemplo en el delito de homicidio del artículo 116, se establece una pena de reclusión de quince a veinte años. Esto significa que, en el momento que el operador judicial proceda a practicar las operaciones conducentes a la individualización del castigo, siempre se encontrará con una sanción temporal (a excepción de las penas patrimoniales), con un lapso de tiempo perfectamente definido entre un límite mínimo y un límite máximo; en el ejemplo anterior, de la pena de reclusión entre 10 y 16 años.

b.- La pena- tipo

Las diversas operaciones que han de conducirnos a la determinación del castigo de una figura penal concreta estarán condicionadas por la pena- tipo, esto es el castigo que el legislador ha previsto para la tipología en cuestión y que, conforme a la terminología aquí utilizada, equivale a la pena legal en abstracto.

Así pues, lo primero que hay que concretar es la pena- tipo, lo cual, por lo general, no ha de resultar dificultoso, ya que el legislador, una vez descrita la figura delictiva, fija la pena correspondiente y, si no existe indicación en contrario, se entenderá que la impone a los autores de la infracción consumada ⁶⁵.

c.- la individualización judicial de la pena o el recorrido por su extensión

Conforme a lo ya indicado, al proceder a la operación de individualización del castigo, el operador judicial se encontrará ante una pena, cuya duración vendrá marcada por el Código, entre una cifra mínima y una cifra máxima y, dentro de esta lapso de tiempo, el órgano judicial determinará la duración que más se adecuó al agente y a las circunstancias concurrentes. En efecto, cuando en la conducta del agente se aprecie una responsabilidad mayor a la normal (agravante) o, por el contrario, más reducida (atenuante), tales accidentes obligarán al operador, en el recorrido de la duración legal del castigo, a imponerlo en mayor o en menor extensión⁶⁶.

⁶⁵ Dice el artículo 65 que *“Siempre que la ley señalare generalmente la pena de un delito, se entenderá que la impone al autor del delito consumado”*.

d.- El ascenso o el descenso a pena superior o inferior a la pena determinada

En la comisión de un hecho delictivo pueden mediar una serie de factores que aumenten o disminuyan la responsabilidad del agente. Pero, ante la importancia o transcendencia de los mismos, cabe que el legislador no estime suficiente que la individualización de la pena se constriña entre el límite mínimo y el máximo de la duración legal de la pena. Por esta razón opta por la imposición de una pena superior o inferior a la pena determinada. Así, por ejemplo, en el delito de tráfico de personas, previsto en el artículo 195, la sanción que se impone es la de reclusión de seis a nueve años, pero, sin embargo, cuando el responsable del delito sea empleado o funcionario público, la sanción se incrementa en un tercio; algo semejante sucede cuando, en el artículo 66, ordena imponer a los autores de tentativa de delito, la pena aplicable al autor del delito consumado rebajada en un tercio.

e.- La penalidad resultante de las operaciones anteriores

Realizadas las operaciones pertinentes, la sanción resultante deberá plasmarse en la sentencia con todos los datos precisos para su posterior ejecución. Así deberá constar el nombre del castigo, su duración concreta y, en su caso, su contenido específico. Así se dirá, por ejemplo “ocho años de inhabilitación especial para el cargo de alcalde, e incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el mismo tiempo”.

Si la pena impuesta –o una de las impuestas- fuese la de reclusión, habrá que imponer igualmente, y en la misma extensión, su accesoria correspondiente. Asimismo se tendrá que recoger el comiso y su contenido específico, cuando fuera procedente.

2.- El principio de legalidad

El derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía. Una de carácter formal, que da lugar a la exigencia de una ley como

⁶⁶ El artículo 69 dice “El juez determinará en la sentencia la pena aplicable al indiciado dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito y las circunstancias en que el mismo se haya cometido. Para ello tendrá en cuenta sus antecedentes personales, su mayor o menor peligrosidad, las circunstancias atenuantes y agravantes que hayan concurrido en el hecho apreciadas tanto por su número como, sobre todo, por su magnitud e importancia, y la mayor o menor extensión de los males producidos por el delito, en particular los de naturaleza económica.”

presupuesto de la actuación punitiva del Estado. La otra se refiere a la necesaria predeterminación normativa de las conductas y sus penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción de las mismas.

En realidad, se trata con todo ello de la clásica exigencia de que exista una ley (*lex scripta*), que sea anterior al hecho punible (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*)

La Constitución de Honduras proclama este principio en sus artículos 94 “A nadie se impondrá pena alguna sin haber sido oído y vencido en juicio, y sin que le haya sido impuesta por resolución ejecutoriada de Juez o autoridad competente...” y 95 “Ninguna persona será sancionada con penas no establecidas previamente en la Ley...”

Además, el principio de legalidad aparece también recogido en el artículo 1 del Código Procesal Penal que dispone “Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional competente, después de haberse probado los hechos en un juicio oral y público llevado a cabo conforme los principios establecidos en la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forma parte y el presente Código y con respeto estricto de los derechos del imputado”

El Código penal, asimismo consagra el principio de legalidad penal, y así en su artículo 1 dice “Nadie será penado por infracciones que no estén determinadas en una ley anterior a la perpetración de un delito”.

3.- Modo de incrementar o rebajar la pena

a.- Consideraciones generales

El legislador, al plantearse la cuestión de fijar la pena correspondiente a cada delito, pudo seguir uno de estos caminos: o bien consignar, al describir cada figura penal, el castigo correspondiente a la consumación, a cada una de las formas imperfectas de desarrollo, al autor, al cómplice, etc., o bien limitarse a fijar, en la parte especial, el castigo de cada delito, como referido a la consumación y a la autoría, estableciendo, en el Libro primero, unas reglas generales, comunes a todos los delitos, previsoras de la

formación del castigo de las restantes formas de desarrollo y de participación. Ha seguido el legislador este último método, obteniendo una considerable economía en la extensión del Código, así como una mayor claridad expositiva.

Ahora bien, la mencionada fórmula exigía, como se ha dicho, de ciertas reglas, que constituyen la denominada “parte artística” del Código. En estas normas se explica el modo de obtener pena superior o inferior partiendo de una sanción determinada.

b.- Reglas para llevar a cabo la degradación o la elevación de la pena

En múltiples preceptos, el Código ordena degradar o elevar una pena determinada. En estos casos el Juez debe saltar hacia arriba o hacia abajo, de una pena determinada a otra distinta, que se estima superior o inferior, respectivamente. Para que el Juez pueda hacer efectivos estos mandatos de elevación o descenso, será necesario observar unas reglas dosimétricas que vienen establecidas en el artículo 68 del Código penal.

Con carácter general y antes de entrar en el examen de las reglas de degradación y elevación, interesa puntualizar:

1) En cuanto a la entrada en juego de dichas reglas. Lo harán en todos aquellos casos en que la Ley prevea la imposición de pena inferior o superior a otra determinada.

2) En cuanto a las penas susceptibles de elevación y degradación. En el Código penal, todas las penas, a excepción de las patrimoniales, son temporales, teniendo un mínimo y un máximo. Dentro de las penas patrimoniales, la pena de multa también tiene un mínimo y un máximo.

Por lo tanto, todas las penas temporales y la pena de multa, son susceptibles de elevación y degradación. Al proceder el órgano judicial a practicar una de estas operaciones, todos los castigos que integran la penalidad de la figura penal en cuestión deberán ser elevados o degradados. La operación de incrementar o rebajar, afecta a todas las penas que integran la penalidad conjunta.

Veamos a continuación cuáles son estas reglas:

a) Operación de incrementar la pena

Dice el artículo 68 del Código penal “Cuando el presente Código disponga que se aumente o disminuya una pena en una cuota o fracción determinada se aumentará o disminuirá, en su caso, el máximo y el mínimo en la proporción correspondiente, quedando así fijada la nueva pena, dentro de cuyos límites se graduará su aplicación conforme al Artículo siguiente”

La interpretación que a juicio de Almela Vich, ha de hacerse de esta regla es la siguiente:

Concreción de la pena a incrementar o pena base. Esta pena base será la prevista por la Ley para el delito en cuestión, ya que la operación de incrementación es, precisamente, la primera que ha de practicarse en el proceso de determinación del castigo. Así, en el ejemplo que antes hemos visto referente al delito del artículo 195, para el tráfico de personas, la pena a imponer es la de reclusión de 6 a 9 años, pero si el responsable es empleado o funcionario público, la pena se incrementará en un tercio; supongamos en este caso que se trata de un delito intentado. La primera operación a realizar, será la de incrementar y, posteriormente, ya procederemos a su degradación para aplicar la pena por el delito intentado.

Formación del techo (o máximo) de la nueva pena. Partiendo de la cifra o límite máximo de la pena señalada por la ley (o pena base), se le sumará su proporción correspondiente (un tercio, un sexto, etc.), constituyendo la suma resultante el techo o límite máximo de la nueva pena. Por ejemplo, en el caso del delito del artículo 195, cometido por empleado o funcionario público, el techo se formará sumando al máximo de la pena base (9 años), su tercio (esto es, 3 años), con lo que el límite máximo de la pena incrementada será de 12 años de reclusión.

Formación del suelo (o mínimo) de la nueva pena. La operación será idéntica a la anterior, pero partiendo de la cifra o límite mínimo de la pena base. A esta se le sumará su proporción correspondiente, constituyendo esta suma el suelo o límite mínimo de la pena incrementada. En el mismo ejemplo de antes, al mínimo de la pena base (6 años) se le sumaría la proporción de un tercio (2 años), dando esta suma el límite mínimo de 8 años.

Vemos, con las dos operaciones realizadas, que la pena incrementada en un tercio, del artículo 195, 2º párrafo, resulta ser la de reclusión de 8 a 12 años.

b) Operación de rebajar la pena

Habrá que partir de las mismas consideraciones que acabamos de realizar, teniendo en cuenta que en la operación de disminución de la pena, el techo o máximo de la nueva pena degradada se formará restando al techo o máximo de la pena que se degrada su proporción correspondiente, formando esta resta el nuevo límite máximo, mientras que el mínimo se hará restando al suelo o mínimo de la pena que se degrada, su proporción correspondiente, constituyendo esta resta en nuevo límite mínimo de la pena.

4.- Determinación de la pena en función del grado de ejecución y de las personas responsables del delito

Como hemos visto, cuando el legislador, en los Libros segundo y tercero, tipifica una infracción penal y fija una pena, ésta se entiende impuesta al autor de la infracción consumada.

De aquí se deduce la necesidad de destinar otros preceptos del Código penal a la determinación del castigo de los partícipes secundarios y de las formas imperfectas de desarrollo.

Por elementales exigencias del principio de proporcionalidad, el castigo correspondiente a los partícipes secundarios y a los grados imperfectos de desarrollo, ha de ser inferior, en cada caso al módulo general, esto es, al previsto por la ley para el supuesto básico (consumación- autoría)

a.- La determinación de la pena correspondiente a la tentativa de delito

Dispone el artículo 66 que “El autor de una tentativa se sancionará con la pena aplicable al autor del delito consumado rebajada en un tercio”.

Conviene recordar que sólo se castigan los delitos intentados, ya que las faltas, si no son consumadas, son impunes⁶⁷.

Por lo tanto, en el caso de delito intentado, el Juez está obligado a rebajar la pena. Como hemos visto antes, esta operación deberá de realizarse después de haber incrementado la pena en la cuota o proporción que legalmente se imponga en cada tipo.

Una vez degradada la pena, sobre el recorrido de la pena resultante, el operador judicial valorará las circunstancias y demás accidentes que señala el artículo 69.

Veamos un ejemplo. Fijemos la pena en el caso del subtipo agravado que regulaba el artículo 195, 2º. Como hemos visto la pena base en el delito del 195, 1º, era la de reclusión de 6 a 9 años; la pena aplicable al subtipo agravado, al incrementarse en un tercio, era la reclusión de 8 a 12 años. Si ahora queremos averiguar cual es la pena para este subtipo agravado pero en grado de tentativa, la operación, que también la hemos visto ya, será la de rebajar un tercio. La pena resultante es la reclusión de 5 años y 4 meses a 8 años.

b.- La determinación de la pena aplicable al partícipe secundario

Dispone el artículo 66 que “El cómplice de un delito consumado se sancionará con la pena aplicable al autor del delito consumado rebajada en un tercio”.

Aquí también conviene recordar que sólo se castiga la complicidad en los delitos, ya que las faltas, dicha participación secundaria, es impune⁶⁸.

La operación a realizar es idéntica a la realizada en el caso de tentativa, pues la rebaja de pena es la misma.

Solamente conviene recordar que el artículo 67 establece la pena

⁶⁷ Artículo 394, 2 del Código penal de Honduras.

⁶⁸ Artículo 394, 3 del Código penal de Honduras.

a imponer en el caso de que concurren ambas causas de rebaja: tentativa y complicidad. Dicho artículo dispone “Al cómplice de tentativa se le rebajará de cuatro a cinco sextas partes la pena aplicable al autor del delito consumado”

c.- Excepciones a las reglas anteriores

Las reglas anteriores no serán de aplicación en los casos en que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la ley.

Así, por ejemplo, el artículo 311, para los delitos de traición, equipara la tentativa al delito consumado⁶⁹. Evidentemente en estos casos no es de aplicación lo previsto en el artículo 66.

Tampoco es de aplicación lo anteriormente expuesto en los casos en que la tentativa y la complicidad se refieren a delitos castigados con la pena de privación de la libertad por vida, pues en estos casos, la pena a imponer es la reclusión de veinte a treinta años.

5.- Determinación de la pena en función de las circunstancias modificativas de la responsabilidad y demás accidentes

Una vez realizadas las operaciones de incremento o disminución de la pena que vienen impuestas por cada tipo concreto, y determinada la pena en atención al grado de perfección del delito y a la participación, el operador judicial se encuentra con una pena que presenta un recorrido (una extensión) que va de un límite mínimo a otro máximo. El Juez, al imponer la condena tiene que señalar no un intervalo, sino una pena concreta. ¿Cómo se obtiene esta cifra fija?. El artículo 69 dispone que “El juez determinará en la sentencia la pena aplicable al indiciado dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito y las circunstancias en que el mismo se haya cometido. Para ello tendrá en cuenta sus antecedentes personales, su mayor o menor peligrosidad, las circunstancias atenuantes y agravantes que hayan concurrido en el hecho apreciadas tanto por su número como, sobre todo, por su magnitud e importancia, y la mayor o menor

⁶⁹ Dispone el párrafo 1º del artículo 311 “La tentativa de cualquiera de los delitos comprendidos en los Artículos anteriores será castigada como si fuera delito consumado”.

extensión de los males producidos por el delito, en particular los de naturaleza económica”.

Por lo tanto, una vez realizadas las operaciones de ascenso y descenso y verificada la extensión de la pena por la tentativa y la complicidad, al Juez aún le falta por realizar una tarea, esta es la de la individualización.

Para individualizar la pena el Juzgador ha de valorar los antecedentes personales del sujeto, su peligrosidad, las circunstancias modificativas y el perjuicio causado. Valorando todos estos accidentes el Juez fijará la pena, la cual, necesariamente, tendrá que estar entre el límite mínimo y el máximo de la pena que se había obtenido.

6.- La pena de multa

Constituye uno de los castigos básicos en el Código penal, siendo sus caracteres fundamentales:

La multa es una pena pecuniaria. Se define como la imposición al condenado de una sanción pecuniaria.

Actúa siempre como pena principal. Jamás puede actuar como pena accesoria.

Carece de penas accesorias. El legislador no ha adherido a la multa ningún castigo accesoria. Ciertamente, si el condenado no satisface la multa impuesta, queda sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria, pero ello no constituye una pena accesoria.

a.- La determinación de la pena de multa

La pena de multa, viene impuesta, al igual que sucede con las penas temporales, con un límite mínimo y uno máximo. Así, por ejemplo, el artículo 243, castiga el fraude allí previsto con la pena de multa de 5.000 a 10.000 lempiras.

Desde el momento en que la pena de multa tiene un límite mínimo y otro máximo y, además, es aritméticamente divisible, podemos decir que es pena susceptible de ser incrementada y rebajada.

A la pena de multa le será aplicable, pues, las operaciones de incremento y rebaja de penas que hemos visto antes. Además en los casos de tentativa o complicidad, se tendrá que disminuir la pena en un tercio.

Veamos un ejemplo. El artículo 243 que acabamos de señalar, impone una obligación de ascenso cuando concurra la reincidencia. Concretamente dice que “En caso de reincidencia la sanción será igual al doble de la anterior”. Calculemos esta nueva pena. El máximo será 10.000 lempiras más su mitad, o sea 5.000, lo que sumará un total de 15.000 lempiras. El mínimo será 5.000 más su mitad, o sea, 2.500, lo que hará un total de 7.500 lempiras. Así resulta que la pena de multa aplicable, por el delito del artículo 243, cuando concurra la agravante de reincidencia, irá de 7.500 a 15.000 lempiras.

La operación de rebaja se hará del modo que ya hemos visto antes y que no entraña ningún problema.

7.- La determinación de la pena en los casos de pluralidad delictiva y de delito continuado

En los apartados anteriores ha quedado expuesta la forma de determinar la pena correspondiente a la infracción perpetrada. Sin embargo el delito no se presenta siempre en la realidad con el simplicismo de un solo acto que produce un solo resultado. En ocasiones, la aparición de una infracción supone la coincidencia de una multiplicidad de intenciones, de acciones y de resultado, lo que da lugar a la denominada teoría del concurso.

Veremos diversos supuestos:

a.- El concurso real

El concurso real existe cuando por el mismo sujeto se realizan varias acciones distintas que originan diversos delitos jurídicamente independientes. Los elementos de esta figura son:

Que el agente realice diversas acciones.

Que los diversos actos estén encaminados a la obtención de diversos fines delictivos. Que se produzcan varias infracciones, cada una de las cuales constituya un delito.

Que entre los diversos delitos haya conexidad⁷⁰.

En este caso, el código penal dispone⁷¹ que al culpable de dos o más delitos se le imponen todas las penas correspondientes a las infracciones cometidas.

El sentenciado cumplirá sus condenas simultáneamente, siempre que fuere posible. Cuando no lo fuere, o si de ello resultare ilusoria alguna de las penas, las cumplirá sucesivamente, principiando por las mayores, o sea las señaladas a los delitos más graves.

Sin embargo hay que recordar que la duración de las penas acumuladas por varios delitos no excederá de treinta años⁷².

b.- El concurso medial e ideal

El concurso medial tiene lugar cuando un delito es medio necesario para cometer otro. Son requisitos imprescindibles para poder apreciar esta figura los siguientes:

Una pluralidad de acciones, que, a su vez, den lugar a una pluralidad de infracciones.

Que exista una relación de medialidad o de medio a fin, de tal modo que el delito instrumento sea medio necesario para la perpetración de las demás infracciones.

Que esta relación medial sea necesaria, entendiendo por tal la que es imprescindible o indispensable.

El concurso ideal tiene lugar cuando el agente, con una sola conducta, lesiona o pone en peligro bienes jurídicos protegidos dando lugar a varios delitos. Sus requisitos son:

- ◆ Un solo hecho o una sola acción

⁷⁰ Ver artículo 68 del Código procesal penal

⁷¹ Artículo 35 del Código penal

⁷² Artículo 35 del Código penal y 97 de la Constitución

◆ Que ese hecho constituya varias infracciones, estos es que ocasiones varias violaciones jurídicas.

El legislador identifica, a los efectos sancionadores, ambas figuras, estableciendo en el artículo 36 que

“Las disposiciones del Artículo anterior no se aplicarán en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada en una cuarta parte”

Veamos cuáles son las operaciones a realizar para fijar la pena en el caso de concurso ideal o medial.

1) Fijación del castigo correspondiente a cada una de las infracciones. Se procederá a determinar la pena que en concreto corresponda a cada infracción, para lo cual se atenderá a las normas que regulan la punición en función del grado de desarrollo del delito y de las formas de participación.

2) Selección de la pena correspondiente a la infracción más grave. Una vez concretados los castigos correspondientes a cada una de las infracciones, procede seleccionar la pena prevista para la infracción más grave. Esta operación puede no resultar sencilla y a la vez caben dos posibilidades, según se trate de penas homogéneas o heterogéneas.

En el caso de penas heterogéneas, entiendo que hay que considerar a las penas privativas de libertad, como más graves que las privativas de derechos, y a éstas últimas, como más grave que las penas pecuniarias.

En el caso de penas homogéneas, la pena más grave será aquella cuyo límite máximo sea más alto⁷³.

3) Determinación del incremento de una cuarta parte de la pena prevista para la infracción más grave. Esta operación no entraña

⁷³ Artículo 37 Cp, 2º párrafo, última parte y 4º párrafo

dificultad, y se realizará del modo como hemos visto antes, añadiendo al mínimo y al máximo una cuarta parte de su duración.

4) Parangón entre la pena correspondiente al delito más grave aumentado en una cuarta parte y la suma de las penas correspondientes a los delitos concúrsales. La comparación es obligatoria, ya que el Código preceptúa que “Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará si le resulta más favorable al reo la imposición de todas las penas aplicables a los delitos concurrentes⁷⁴”. Por lo tanto habrá que comparar ambas penas y aplicar la que sea más favorable al reo. La comparación o cotejo de las penas ha de realizarse en su extensión concreta y no abstracta.

c.- El delito continuado

El delito continuado viene definido en el artículo 37 del Código penal que establece “Cuando se cometa un mismo delito contra la propiedad dos o más veces, bien sea en un solo momento o en momentos diversos, mediante acciones u omisiones ejecutadas en cumplimiento de un plan preconcebido o aprovechando idénticas o similares circunstancias, dichos delitos se considerarán como uno solo continuado”.

Los requisitos de este delito son:

1) Elemento subjetivo. Está constituido por la existencia de unidad de propósito en el agente, que, a tenor del artículo citado, puede traducirse de dos modos:

Por la ejecución de un plan preconcebido. Esta es la forma genuina de manifestarse el dolo unitario, gracias al cual las diversas acciones quedan refundidas a la unidad, precisamente como consecuencia de la ambición maxidelictiva del agente.

Por el aprovechamiento de idéntica ocasión. Aquí el legislador ha querido incluir los supuestos en que el agente se limita a aprovechar las idénticas, es decir, análogas ocasiones que se le presentan para prorrogar sus actuaciones delictivas.

⁷⁴ Artículo 37 Cp, párrafos 3º y 4º

2) Elementos objetivos. Han de darse los siguientes:

Una pluralidad de acciones u omisiones delictivas

Que esta pluralidad de acciones atente contra la propiedad

Las acciones pueden desarrollarse en un solo momento o en varios

Identidad de sujeto activo en todas las acciones

El reo de un delito continuado será castigado con la pena más grave, aumentada en dos tercios⁷⁵.

Habrà que comparar las penas y seleccionar la pena más grave, operación esta que no plantea problemas porque lo normal aquí es que las penas sean homogéneas. Aquí también es de aplicación la referencia que hacíamos, cuando veíamos el concurso medial e ideal, de que pena más grave es la que tiene un máximo más alto, así como la obligación de comparar la pena aumentada resultante del delito continuado, con la suma de las penas separadas, e imponer lo que sea más beneficioso para el reo.

⁷⁵ Artículo 37 del Código penal

Lección 12: Las medidas de seguridad. La peligrosidad criminal y la peligrosidad social. Penas y medidas de seguridad. Su imposición por los Tribunales de Sentencia. Referencia complementaria a la Medicina Legal. Psiquiatría, Sociología y Criminalística.

A. Las medidas de seguridad.

El moderno Derecho penal no sólo tiene una función represiva, sino que se le atribuye asimismo una función preventiva. Las penas, y más concretamente, las penas privativas de libertad, han evidenciado su insuficiencia en la lucha contra el delito. Por otro lado la idea de “más vale prevenir que reprimir” se va incorporando paulatinamente no sólo al pensamiento penal, sino también a los sistemas jurídico-penales vigentes.

El Derecho penal preventivo, ha girado en torno a dos instituciones básicas. La primera de ellas la peligrosidad criminal, y la segunda las medidas de seguridad. Ambas han sido contrapuestas, respectivamente, a la noción de delito y a la pena.

Como vemos, el Derecho penal no sólo es un medio de represión, sino también un medio de prevención y lucha contra la delincuencia. Si esta doble tarea se lleva a cabo solamente con la aplicación de la pena, se habla de un Derecho penal monista. Por el contrario, se habla de un Derecho penal dualista, cuando junto a la pena, se aplican otras medidas de distinta naturaleza a las que se llaman medidas de seguridad.

En el Derecho penal moderno junto a la pena, como principal consecuencia del delito, vienen también en consideración las medidas de seguridad, adoptándose así en la mayoría de los países un sistema dualista de las consecuencias jurídicas del delito.

Originariamente los Códigos penales decimonónicos respondían a la idea de un Derecho penal monista y regulaban sólo una consecuencia del delito: la pena, que respondía fundamentalmente al pensamiento retributivo y en cierta medida también a la prevención general. Pero poco a poco fue destacándose la idea de la prevención especial, apareciendo en primer plano la persona del delincuente como sujeto que hay que corregir, rehabilitar o asegurar. Se hizo así

precisa la introducción en los sistemas legales punitivos vigentes de determinadas medidas que pudiesen realizar más adecuadamente dicha idea.

Las características fundamentales de las medidas de seguridad son las siguientes:

- ◆ Se encuentran afectadas por el principio de legalidad, porque materialmente equivalen a una sanción por su contenido aflictivo⁷⁶.
- ◆ Sólo deben de aplicarse como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo que revele la peligrosidad de su autor y ser, por tanto, postdelictuales⁷⁷.
- ◆ La aplicación de las medidas de seguridad debe verse rodeada de las mismas garantías que rigen para las penas, puesto que, en definitiva se trata también de una intervención coactiva y limitadora de derechos individuales⁷⁸.

Al igual que la pena, la medida de seguridad se justifica por ser un medio de lucha contra el delito. La diferencia fundamental con aquella radica en que mientras que la pena atiende sobre todo al acto cometido y su base es la culpabilidad o responsabilidad del sujeto, en la medida de seguridad se atiende a la peligrosidad.

El Derecho de medidas se plantea como alternativa y complemento del Derecho de la pena para aquellos casos en que a éste no le es posible cumplir satisfactoriamente sus fines de protección de los bienes jurídicos a consecuencia de las limitaciones que le imponen sus propios principios legitimadores, singularmente el

⁷⁶ Dispone el artículo 80 del Cp que *“No se decretarán medidas de seguridad sin disposición legal que las autorice, o fuera de los casos que la ley determine.”*

⁷⁷ Dice el artículo 2, D, 2º párrafo, del Cp que *“En ningún caso podrá imponerse una medida de seguridad si no es como consecuencia de una acción u omisión descrita como delito por la ley penal”*

⁷⁸ Dice el artículo 1 del Código procesal penal dice *“Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional competente, después de haberse probado los hechos en un juicio oral y público...”*

principio de que la pena encuentra su fundamento en la culpabilidad y de que su medida no puede rebasar la de la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho realizado.

Según estos principios, la pena, por un lado, está excluida para los sujetos que carecen de capacidad de culpabilidad, es decir para los inimputables. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, por otro lado, la gravedad de la pena no puede rebasar la del delito cometido, es decir no puede exceder de la medida de la gravedad del hecho (medida de lo injusto) ni de la medida de la culpabilidad del autor. En virtud de esto último, es posible que un sujeto que haya realizado un hecho de cierta gravedad, sólo pueda ser castigado con una pena mínima en razón de la disminución de su culpabilidad, por ejemplo porque se trata de un individuo que padece ciertas anomalías psíquicas.

Para las necesidades preventivas en todos estos casos, el Derecho penal debe organizar un sistema de medidas de seguridad y reinserción social desvinculado e independiente de la culpabilidad. El fundamento de las medidas de seguridad debe ser exclusivamente la peligrosidad criminal del autor, es decir, la probabilidad de que vuelva a delinquir en el futuro, y su duración debe establecerse también, en función de dicha peligrosidad.

Las medidas de seguridad y reinserción social deben orientarse exclusivamente a los fines de la prevención especial, es decir: a la advertencia individual, a la corrección o enmienda y a la inocuización del delincuente.

Las medidas de seguridad, como la pena, son medios coactivos estatales de protección del ordenamiento jurídico y su aplicación supone siempre, también materialmente, la irrogación de un mal al sujeto a quien se imponen, pues su ejecución da lugar siempre, de un modo u otro, a una privación o restricción de bienes o derechos fundamentales.

B. La peligrosidad criminal y la peligrosidad social.

Por peligrosidad se entiende la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso la probabilidad de que se cometa en el futuro un delito por parte de una determinada persona.

El interés en evitar ese posible futuro delito es lo que justifica la medida de seguridad; pero como esa posibilidad se refiere a una persona determinada, la esencia de la medida de seguridad es de naturaleza preventiva especial. El delincuente es objeto de la medida de seguridad, bien para reeducarlo y corregirlo, bien para apartarlo de la sociedad en el caso de que aquello no sea posible.

Este juicio de peligrosidad se lleva a cabo a través de una prognosis de la vida del sujeto en el futuro. Para ello deben tenerse en cuenta varios datos: el género de vida del sujeto, su constitución psíquica, el ambiente en que vive, etc. De aquí se desprende que la peligrosidad de un sujeto, es decir, la posibilidad de que cometa un delito en el futuro puede constatarse aún antes de que se haya cometido delito alguno. Frente a esa peligrosidad predelictual está la peligrosidad postdelictual, que es la probabilidad de delinquir en el futuro que muestra una persona que ha cometido ya un delito, es decir, un delincuente.

Se distingue así, una peligrosidad anterior al delito o peligrosidad social y la posterior al delito o peligrosidad criminal consistente en haber cometido o intentado cometer el delito.

Esta última variedad de la peligrosidad es la que nos interesa especialmente, pues cae por completo dentro de la órbita del derecho penal y tiene un efectivo influjo en las sanciones penales que son consecuencia del delito.

Actualmente, ya nadie discute que el presupuesto de las medidas de seguridad jurídico- penales lo constituye la peligrosidad postdelictual. Ello se deriva de la propia naturaleza y concepto del Derecho penal.

En efecto el Derecho penal se ocupa del delito, al que vincula determinadas consecuencias jurídicas, penas o medidas de seguridad. Sólo el delito, la conducta criminal definida como tal en el Código penal, constituye el punto de partida y el presupuesto de toda reacción jurídico- penal.

La medida de seguridad, no cabe duda, es un instrumento indispensable en la actual lucha contra el delito. Ella se adecúa mejor que la pena a la personalidad del delincuente y puede contribuir más eficazmente a su readaptación en la sociedad. Por otra parte, es el único recurso de que dispone el Estado en aquellos casos en los que

no se puede imponer una pena por ser el sujeto inimputable, es decir, por carecer de los presupuestos mínimos para responsabilizarlo de sus acciones, aún cuando ha cometido un hecho tipificado en la ley como delito, siempre que a pesar de su inimputabilidad sea peligroso criminalmente.

C. Penas y medidas de seguridad.

Ya hemos visto que hay dos sistemas, en la estructuración del Derecho penal preventivo.

El sistema monista, que constituye expresión de una mentalidad simplificadora en Derecho penal, que viene a propugnar, en definitiva, desde sus distintas enunciaciones, porque se utilicen o las penas o las medidas de seguridad, pero no ambas, fundamentándose en base a que penas y medidas de seguridad materialmente son la misma cosa y su ejecución, en última instancia, se encuentra identificada.

El otro sistema es el dualista. Este sistema nace como confesión de la insuficiencia del pensamiento de utilizar sólo penas en la lucha contra el delito. No solamente las penas, sino también las medidas de seguridad, deben ser empleadas en un correcto planteamiento político criminal. Se trata de un sistema dual o de doble vía el que ha de ser incorporado al Derecho penal a modo de solución de compromiso o de síntesis. De un lado el delito y su consecuencia jurídica, la pena, fundada en la culpabilidad; de otro, la peligrosidad criminal como génesis y base de las medidas de seguridad y prevención. En este sistema la medida de seguridad es acumulada a la pena.

El modelo monista, hoy día es ampliamente rechazado, siguiéndose por regla general en el Derecho penal moderno y en cada legislación, variantes del tipo dualista.

En el Derecho positivo hondureño se contempla un sistema dualista y se regulan las medidas de seguridad en los artículos 80 y siguientes del Código penal.

La imposición de las medidas de seguridad, va a venir, entre otros supuestos que más adelante veremos, como consecuencia de la aplicación de la exención completa de imputabilidad del artículo 23, o como consecuencia la semi-imputabilidad que prevé el artículo 26 nº 1. Del Código Penal

En el primer caso, cuando concorra causa de inimputabilidad, los Jueces que declaren esta exención, en el supuesto del n. 2 del artículo 23, dispondrán su internación en un establecimiento psiquiátrico, durante un año por lo menos⁷⁹.

Pero además de los casos de inimputabilidad plena, también podrán ordenar, después de cumplida la pena, si aún consideran peligroso al infractor, que quien padezca una anormalidad mental de la que no se desprenda una inimputabilidad absoluta, sean internados en un establecimiento educativo o de tratamiento especial⁸⁰.

Vemos como coexisten penas y medidas de seguridad. En el caso de la exención completa sólo se aplica la medida de seguridad, pero en el caso de la incompleta, la pena, que será impuesta, es complementada, si fuera necesario (es decir si el sujeto aún fuera peligroso), por la imposición de una medida de seguridad.

El abanico de medidas de seguridad que se pueden imponer viene recogido en el artículo 83, donde se dispone que:

“Las medidas de seguridad que puedan aplicarse, son las siguientes:

- 1) Internación en establecimiento psiquiátrico.
- 2) Internamiento en institución de trabajo o granja penal.
- 3) Internación en establecimiento reeducativo o de tratamiento especial.
- 4) Libertad vigilada.
- 5) Prohibición de residir en lugar determinado.
- 6) Prohibición de concurrir a determinados lugares.
- 7) Caución de buena conducta.
- 8) Expulsión de extranjeros.

⁷⁹ Artículo 84 del Código penal

⁸⁰ Artículo 85 del Código penal

Cuando se aplicaren las medidas comprendidas en los numerales 4), 5), 6) y 7), el sancionado estará obligado a declarar ante el Juez que conociere del asunto, su domicilio actual e informar los cambios que tuviere dicho domicilio.”

La internación en establecimiento psiquiátrico se aplicará cuando el sujeto a causa de psicosis, de retardo mental severo o de psicosis transitoria, carezca de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por esta razón haya sido declarado inimputable. Cuando por la misma causa haya sido declarado semi-imputable, la medida de seguridad que podrá imponerse, si aún se le considera peligroso, es la de internación en establecimiento reeducativo o de tratamiento especial

También prevé el Código penal, la aplicación de la medida de libertad vigilada a los enfermos mentales, toxicómanos o alcohólicos, que consiste en la sumisión a un tratamiento ambulatorio. Concretamente dispone el artículo 90 que:

“La libertad vigilada mientras duren las causas que la motivaron, consistirá para los enfermos mentales, toxicómanos o ebrios habituales, en confiarlos al cuidado de su familia o de un guardador, bajo la inspección inmediata de la autoridad competente, con la obligación de someterlos a tratamiento médico y de informar periódicamente al juez respectivo.

En los demás casos la vigilancia corresponderá a la policía judicial en la forma que disponga el juez.

Al aplicar esta medida, el juez prescribirá las reglas de comportamiento destinadas a evitar nuevas infracciones de la ley penal. La policía judicial será organizada y estará bajo la dependencia de la Corte Suprema de Justicia”

En el caso de toxicómanos y alcohólicos, el Código también prevé la posibilidad de imponer como medida de seguridad la prohibición de concurrir a determinados lugares⁸¹.

⁸¹ Artículo 92 del Código penal

Para los delincuentes habituales, el Código penal prevé, en el caso de que el Juez estime que el cumplimiento de la pena ha sido ineficaz, el internamiento en institución de trabajo o granja. Delincuentes habituales son quienes habiendo sido condenado por dos o más delitos anteriores, cometidos en el país o en el extranjero, manifiesten tendencia definida al delito, en concepto del tribunal, por el género de vida que llevan, su inclinación a la ociosidad, inferioridad del medio en que actúan, relaciones que cultivan, móviles del delito, y demás antecedentes de análogo carácter⁸². En estos supuestos el artículo 86 dice que: “Los delincuentes a que se refiere el Artículo 29 serán sometidos, según el grado de peligrosidad que demuestren, al régimen de trabajo que corresponda a las instituciones mencionadas en el numeral 2 del Artículo 83; internación que se decretará cuando, cumplida la sentencia, el juez estime que la pena ha sido ineficaz en lo relativo a la readaptación del delincuente”

También está prevista la aplicación de la medida de seguridad de internación en establecimiento reeducativo o de tratamiento especial, en casos de delito imposible de los que se regulan en el artículo 16 del Código penal. Se refiere este artículo a aquellos supuestos en que la tentativa se efectúe con medios inadecuados o sobre objetos impropios. Cuando esto suceda puede atenuarse la pena o declararse no punible el hecho, según la peligrosidad revelada por su autor, pero además al sujeto se le someterá a una medida de seguridad. Esto viene establecido en el artículo 87, que dice “En los casos del Artículo 16, el Juez someterá a los encausados, según su grado de peligrosidad, a régimen especial de trabajo en alguna de las instituciones mencionadas en el numeral 3 del Artículo 83”

La medida de seguridad consistente en la prohibición de residir en lugar determinado, puede imponerse cuando el Juez lo estime pertinente, a su prudente arbitrio y las circunstancias lo exijan. En estos casos el Juez impondrá al penado, que haya cumplido la pena o la medida de seguridad, la prohibición de residir en determinado lugar⁸³.

En cuanto a la caución de conducta, se trata de una medida de seguridad de contenido económico y consiste en “La garantía personal,

⁸² Artículo 29 del Código penal

⁸³ Artículo 91 del Código penal

hipotecaria, pignoraticia o depositaria, prestada a satisfacción del juez y por el término señalado a la sentencia, de que el sujeto peligroso no perpetrará nuevos hechos punibles y de que cumplirá las normas de conducta que le sean impuestas durante un período de prueba, el cual no será menor de un año ni mayor de cinco”⁸⁴. Los casos en los que esta medida se aplica son aquellos en los que “el juez la estime oportuna, especialmente a los autores de delito de peligro, sin perjuicio de la pena cuando hubiere lugar. La caución se hará efectiva a favor del Fisco cuando el sometido a esta medida violare las normas de conducta impuestas; en caso contrario, al finalizar el plazo, se ordenará la restitución de la suma depositada, la extinción de la fianza o la cancelación de la obligación pignoraticia o hipotecaria a que se haya constituido”⁸⁵.

Finalmente, la medida de expulsión de un extranjero, se puede imponer, cuando se condene a más de tres años de reclusión o, haya reincidencia. Esta expulsión se realizará una vez cumplida la pena⁸⁶.

D. Su imposición por los Tribunales de Sentencia.

La imposición de las medidas de seguridad pertinentes ha de recogerse en la sentencia y su pronunciamiento corresponde a los Tribunales de Sentencia.

Ello se desprende claramente, del artículo 1 del Código procesal penal, que ya hemos visto y en que se dispone que “Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional competente, después de haberse probado los hechos en un juicio oral y público llevado a cabo conforme los principios establecidos en la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forma parte y el presente Código y con respeto estricto de los derechos del imputado”.

⁸⁴ Artículo 93, párrafo 1º del Código penal

⁸⁵ Artículo 93, párrafo 2º del Código penal

⁸⁶ Artículo 94 del Código penal

Desde el momento en que la medida de seguridad sólo puede imponerse en sentencia firme, tras el correspondiente juicio oral y por el órgano jurisdiccional competente, resulta meridianamente claro que son los Tribunales de Sentencia los que deben imponer las medidas de seguridad.

Ello también se desprende del artículo 344 del mismo texto procesal donde se dice que “La sentencia condenatoria fijará con precisión las penas y las medidas de seguridad a que quedará sujeto el reo...”.

Por tanto las medidas de seguridad se impondrán en sentencia, tras el correspondiente juicio oral, por el Tribunal de Sentencia y, ello, sin perjuicio de las facultades que otorgan los artículos 396 y siguientes de la ley procesal a los Jueces de Ejecución.

Sin embargo, el artículo 81 del Código penal, admite la posibilidad de que en cualquier momento del proceso, antes del fallo, el Juez, pueda acordar, con carácter provisional, la internación del inimputable, que, a causa de psicosis, de retardo mental severo o de psicosis transitoria, carezca de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

En cuanto a la duración de las medidas de seguridad, hay que distinguir entre su mínimo y su máximo.

Respecto del mínimo, el Código penal fija el periodo de un año en algunos supuestos. Así el artículo 84, en los casos de inimputabilidad por aplicación de la eximente completa del artículo 23, el artículo 91, para la imposición de la prohibición de residir en determinado lugar, y el artículo 92, cuando se prohíba a los toxicómanos o alcohólicos, concurrir a determinados lugares.

En cuanto a la duración máxima, dice el artículo 82 que “Salvo disposición legal contraria, las medidas de seguridad se aplicarán por tiempo indeterminado”. Ello se debe a que la imposición de la medida de seguridad está relacionada con la peligrosidad del sujeto y no con la comisión en concreto de un delito.

Sin embargo esta indeterminación está sometida a revisión, pudiendo cesar la medida cuando ya no sea necesaria. Así dispone el mismo artículo 82 que “En cualquier tiempo podrán los jueces reformar o revocar sus resoluciones al respecto, si se modificara o cesare el estado

de peligrosidad del encausado”. La cesación de la medida se realizará “en virtud de resolución judicial dictada con audiencia del Ministerio Público, y previo dictamen médico, que demuestre que el procesado puede ser sometido a libertad vigilada sin peligro de que cause daño”⁸⁷.

La única medida de seguridad que si que tiene un límite mínimo y máximo concreto es la caución. Ello se debe a su naturaleza eminentemente patrimonial y a las características de la misma. El artículo 93, señala que el periodo de prueba que se asegura con la caución no será menor de un año ni mayor de cinco.

E. Referencia complementaria a la Medicina legal, Psiquiatría, Sociología y Criminalística

El concepto central de todo el prevencionismo jurídico penal es, desde luego, el de peligrosidad criminal. La previa afirmación de la peligrosidad es indispensable, para que sean aplicadas las medidas de seguridad. Es, por tanto, un presupuesto de éstas que son, en definitiva, su consecuencia jurídica.

A diferencia de lo que acontece con el delito que, antes que nada, es una conducta humana, la peligrosidad es básicamente una situación o status de la persona que ha de ser formulada judicialmente. Así, pues se trata de un juicio, y más precisamente, de un juicio de futuro, en la medida que supone la afirmación de una probabilidad de delinquir. En este sentido, la peligrosidad no es más que un pronóstico. Y a la emisión de ese pronóstico se le enlazan unas determinadas consecuencias jurídicas (medidas de seguridad).

Precisamente para limitar un tanto la base intuicionista que puede encontrarse en el fundamento mismo de la decisión judicial, es el primer requisito, el de que se haya cometido un hecho previsto como delito.

Además es necesario, para el operador judicial, apoyarse en las Ciencias penales auxiliares, para completar la formación de ese pronóstico. Veamos a continuación que papel desempeñan estas en la determinación de la peligrosidad y la sumisión a una medida de seguridad.

⁸⁷ Artículo 89 del Código penal

1.- Medicina legal y Psiquiatría Forense

La Psiquiatría legal o forense, como rama de la medicina legal, se ocupa del estudio del enfermo mental y la problemática que éste plantea en el ámbito del derecho, siendo su objetivo prioritario el estudio de la imputabilidad del sujeto por lo que al derecho penal se refiere.

Así pues, si se entiende la psiquiatría forense como la psiquiatría en función de la justicia, y su objeto de estudio es el hombre enfermo de la mente, ya sea violador de la normativa jurídica, ya esté necesitado de protección jurídica, estaremos de acuerdo en que, por lo que se refiere al Derecho penal, su ámbito de estudio abarca no sólo, la imputabilidad, sino toda cuestión que el sujeto enfermo mental pueda plantear al derecho penal en relación con su enfermedad. Es por ello pues que el estudio de la peligrosidad de una persona es una cuestión dependiente de la psiquiatría legal siempre que dicha supuesta peligrosidad derive de enfermedad mental.

El Código penal establece una serie de medidas de seguridad a aplicar por el Tribunal de Sentencia, en los supuestos de un sujeto declarado inimputable, en beneficio tanto de la propia sociedad como de los derechos del delincuente no responsable del acto llevado a cabo bajo ciertas circunstancias, decisiones que se basan, como ya hemos visto antes, a su vez sobre los informes periciales que se estimen oportunos.

Es evidente que la trascendencia de estas actuaciones, exige una relación entre el Psiquiatra y el Juez tan importante como la valoración de la imputabilidad, aportando la pericia del médico los conocimientos que precisa el Juzgador para definir tanto la peligrosidad como la medida de seguridad aplicable.

2.- La Sociología Criminal

La Sociología puede aportar al aplicador del derecho, datos de importancia suficiente para contribuir a la concreción de la peligrosidad.

La Sociología Criminal contempla el hecho delictivo como fenómeno social y pretende explicar el mismo en función de un determinado marco teórico.

Buena parte del éxito de los modelos sociológicos estriba en la utilidad práctica de la información que suministran a los efectos político criminales y constituyen hoy el paradigma dominante, contribuyendo decisivamente a un conocimiento realista del problema criminal.

Muestran la naturaleza social del delito y la pluralidad de factores que interactúan en la problemática criminal; su conexión con fenómenos normales y ordinarios de la vida cotidiana; la especial incidencia de variables espaciales y ambientales en su dinámica y distribución, que otorgan, por ejemplo, un perfil propio de la criminalidad urbana; el impacto de las contradicciones estructurales y del conflicto y cambio social en la dinámica delictiva; el funcionamiento de los procesos de socialización en orden al aprendizaje e identificación del individuo con modelos y técnicas criminales y la transmisión y vivencia de dichas pautas de conducta en el seno de las respectivas subculturas; el componente definitorio del delito y la acción selectiva, discriminatoria, del control social en el reclutamiento de la población reclusa, etc.

Todos estos datos que nos aporta la Sociología Criminal son de gran utilidad para la elaboración de ese juicio de probabilidad, de ese juicio de futuro, de ese pronóstico de peligrosidad, que será el que determine la imposición de la medida de seguridad.

3.- La Criminalística

El significado de la palabra Criminalística se ha modificado considerablemente en el transcurso del tiempo. Mientras que antes comprendía la totalidad de las ciencias penales, compuesta por el Derecho penal material y formal y diversas ciencias penales auxiliares, hoy se atribuye a la Criminalística en sentido estricto, la Técnica criminal y la Táctica criminal. Aunque la Criminalística es una ciencia empírica, es clasificada entre las ciencias criminales en el sentido de la especialidad.

La Técnica criminal es defendida como la doctrina de los medios de prueba materiales que tiene por objeto todos los métodos científicos de averiguación de hechos, mientras que la Táctica criminal

es considerada como la doctrina de los métodos que en la actuación investigadora de los hechos punibles y en el aseguramiento de la identidad de la persona del autor resultan adecuados técnicamente, psicológicamente y por razón de la economía del proceso.

Se añaden, además, partes de la prevención de delitos, de suerte que bajo Criminalística en sentido amplio debe entenderse la ciencia de los datos técnicos y tácticos relacionados con el hecho penal y su prevención.

La tarea principal de la Criminalística es, por tanto, la lucha directa contra el crimen. Ello es conseguido, tanto de forma represiva, mediante el esclarecimiento de los delitos, la convicción y entrega del autor y la consecución y aseguramiento de medios de prueba fidedignos para un procedimiento judicial regular, como de forma preventiva, mediante la elaboración de medidas, técnica o tácticamente adecuadas, de aseguramiento contra formas de comisión de delitos ya conocidas o previsibles.

La Criminalística aporta durante la investigación del hecho delictivo, una serie de datos objetivos, no sólo en relación con el delito cometido sino también, en relación con la personalidad del delincuente. Obviamente estos datos irremplazables van a ser valiosos para la elaboración del juicio de probabilidad delictiva en tanto en cuanto que nos aportan información sobre el carácter del sujeto y modo de comportarse.

Ello unido a la comisión del delito y a la valoración sociológica y a la pericia médico- psiquiatra, proporciona al juzgador las bases científicas necesarias para poder configurar la peligrosidad del sujeto y determinarle a imponer una u otra de las medidas de seguridad legalmente establecidas.

HOJA DE VIDA DEL MAGISTRADO MANUEL ESTRELLA RUIZ.

Tras cursar estudios de Derecho en la Universidad de Cádiz, ingresé por oposición libre en la Carrera Judicial en 1987. He servido destino en los Juzgados de Lebrija (Sevilla) y El Puerto de Santa María (Cádiz), ascendiendo a la categoría de Magistrado en Diciembre de 1989, desempeñando mis funciones en el Juzgado de lo Penal de Algeciras hasta Febrero de 1995, en que fui nombrado en concurso voluntario Magistrado del Juzgado de lo Penal nº uno de Cádiz, hasta que, de nuevo por concurso fui destinado a la Audiencia Provincial de Cádiz en mayo de 1999, donde continuo en la actualidad.

Durante sucesivos nombramientos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, he desempeñado una Comisión de Servicios sin relevación de funciones en apoyo al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de La Línea de la Concepción, cuya duración total fue de 36 meses.

A lo largo de mi carrera profesional he desempeñado por tres veces la Presidencia de la Junta Electoral de Zona.

PUBLICACIONES

“El reconocimiento corporal” Cuadernos del C.G.P.J. Vol.XXI.1992.

“Imputabilidad y drogodependencia”.Cuadernos del C.G.P.J. Vol.XXVII.1993.

“Entrada y registro en el domicilio,interceptación de comunicaciones postales y telefónicas”,Cuadernos del C.G.P:J. Vol. XII 1996

“ la motivación de la sentencia penal”Cuadernos del C.G.P.J. Vol. XXII. 1992.

“Comentarios al Código procesal penal de Honduras”. Obra publicada en el marco del Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras auspiciado por la Cooperación española en Honduras

Monografía “La valoración de la prueba .Presunción de inocencia . In dubio pro reo”. En imprenta, bajo el mismo proyecto internacional.

EXPERIENCIA DOCENTE

Desde el año 1993 vengo colaborando ininterrumpidamente como profesor de la Escuela de práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Cádiz

En 1989 , participé impartiendo un curso sobre problemas de Derecho Procesal en materia de Familia en el Centro Provincial de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Cádiz.

En 1990, tratando el mismo tema , participé en unas jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz.

En Noviembre de 1994 y en el mismo mes de 1996,he impartido sendos cursos de 12 horas de duración cada uno de ellos , dirigidos a los funcionarios de la Administración de Justicia.

En el año 2000,he sido tutor de un curso de formación sobre el proceso penal , organizado por el Instituto Andaluz de Administración Pública.

En 1998 ofrecí una conferencia sobre la organización del Poder Judicial en la Escuela Politécnica de la Universidad de Cádiz.

Dentro del Plan Nacional de Formación de Jueces y Magistrados del CGPJ, fui ponente en el curso “Medidas restrictivas de derechos fundamentales”, que se celebró en Madrid en mayo de 1996 ,y dentro de los Planes Territoriales y Provinciales ,impartí una sesión en Noviembre de 1994 sobre el entonces Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos y en Junio de 1997 sobre la aplicación de las medidas de seguridad en el Código penal , celebrada esta última en Sevilla.

En 1999,imparti una ponencia sobre “Intervenciones en el cuerpo humano” dentro del Plan de Formación del CGPJ para la Comunidad de Galicia .

En los años 2000 y 2001, he impartido ponencias sobre “la prueba” , “el juicio verbal .Especialidades”, ”El interrogatorio de partes y testigos” relativas a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en seminarios organizados por los colegios de Abogados de Cádiz, Jerez

de la Frontera, Vigo, La Coruña , Sevilla y Valencia , así como una ponencia marco sobre los juicios declarativos en el mes de abril dentro del Plan de Formación del CGPJ para Andalucía, ponencia que se encuentra pendiente de publicación.

EXPERIENCIA DOCENTE INTERNACIONAL

A lo largo de 1997, dentro del Proyecto Regional de Capacitación Judicial , suscrito entre el Estado Español y el PNUD, he colaborado como Consultor internacional en la República de Honduras, materializando un Módulo Instruccional sobre Derechos Fundamentales, diseñando un ambicioso Plan Integral de Capacitación en materia penal que se ha desarrollado con gran éxito. Al propio tiempo impartí cinco seminarios especializados de unas 20 horas de duración cada uno de ellos , dirigidos a los Jueces, Fiscales y Defensores Públicos del país.

En Abril de 1998, por designación del CGPJ, en el marco del Convenio bilateral del Proyecto de Fortalecimiento del Estado democrático de Honduras, impartí dos cursos intensivos sobre medidas cautelares en el Proceso Penal , con una duración de 18 horas cada uno de ellos.

En octubre de 1998, dentro del mismo Proyecto acudí de nuevo a Honduras donde dirigí un seminario especializado sobre el mismo tema.

En junio de 1999, por designación del CGPJ, dentro del Proyecto bilateral de fortalecimiento del Estado democrático de Panamá , impartí cuatro cursos de 20 horas lectivas cada uno , abordando todas las medidas cautelares penales.

CURSO RECIBIDOS COMO ASISTENTE

Entre los diversos cursos a los que he tenido ocasión de asistir, destacaría dentro del Plan Nacional de Formación del CGPJ, los siguientes:

Derecho Comunitario. Granada 1992.

La Sentencia penal. Madrid.1992.

La imputabilidad en general en el derecho penal.Madrid1992.

Delitos contra la salud pública. Madrid 1993,

La nueva delincuencia .Madrid 1993.

Intereses difusos y derecho penal. Madrid 1994.

Medidas restrictivas de derechos fundamentales. Madrid 1996.

Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal .
Madrid 1996.

II Congreso de derecho Penal .Primera mesa internacional de
derecho penal . El Puerto de Santa María 1994.

El Juez ante el Siglo XXI; ética y función judicial. Madrid 1999.

Al margen de los anteriores he participado en numerosos
coloquios, cursos y seminarios celebrados al amparo de los Planes
regionales y provinciales de formación del CGPJ.

IDIOMAS

INGLES: Hablado y escrito –NIVEL MEDIO

BIBLIOGRAFIA

Módulos instruccionales elaborados por los docentes españoles y hondureños , Almela Vich, Sainz Ruiz, Fernández Entralgo, Terreros, Danelia Ferrera, Nora Urbina, Ana Narváez ,De Juanes Peces, bajo el Proyecto de Cooperación del consejo General del Poder Judicial- Corte suprema de Justicia- AECI

Polaina Navarrete . Parte General

Vives Antón. Parte General

Santiago Mir Puig; Derecho Penal Parte General, 5ta Edición, Editorial Reppetor, 1998, Barcelona.

Santiago Mir Puig, Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Reppetor, 2002, Barcelona.

Edmund Mezger, Derecho Penal Parte General, reimpresso en 1990, Cardenas Editor y Distribuidor, Mexico.

Eugenio Raúl Zaffaroni, Manuela de Derecho Penal, Parte General.

Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte General.

Francisco Muñoz Conde. Teoria General del Delito.

Luzón Cuesta. Compendio de Derecho Penal. Parte General.

Carlos Santiago Nino, Los Límites de la Responsabilidad Penal, una teoría liberal del Delito. Editorial Astrea, Desalma, Buenos Aires 1980.

Jesheck. Tratado de derecho penal, traducido por Manzanares Samaniego.

Mario Salazar Marín, Injusto Penal y Error. Ediciones Jurídica, Editorial Gustavo Ibáñez 2003. Bogotá Colombia.

René Suazo Lagos, Lecciones de Derecho Penal I, Edición octava, 1999, Honduras.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos de Honduras, JUSTICIA.
Año 1 número 1, diciembre 2005.

Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología, 2003

Rodríguez Devesa . Derecho Penal Español. Parte General.

Claus Roxin, iniciación al derecho penal de hoy.

