

MÓDULO INSTRUCCIONAL

DERECHO PENAL. PARTE GENERAL

ANTI JURICIDAD E IMPUTABILIDAD; PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Consultor Internacional:

EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA
Magistrado. Juzgado de Instrucción 4
Madrid (España)

Tegucigalpa, MDC., del 15 al 19 de enero de 2007.

INDICE	Pág.
I. Justificación	4
Justificación de contenido.....	5
Justificación del Método.....	7
II. Objetivos	8
Objetivos en cuanto al contenido de conocimientos.....	9
Objetivos en cuanto a la actitud perseguida.....	10
III. Metodología	11
Metodología empleada.....	12
Materiales.....	14
Evaluación.....	15
Exposición de los bloques teóricos.....	16
Exposición de los bloques prácticos.....	16
Participación.....	17
IV. Programa	19
El concepto de Derecho Penal. Las Escuela Penales. En especial la criminología, lo ilícito penal y lo ilícito Administrativo.....	22
I. Introducción.....	23
El concepto de derecho penal.....	23
El derecho penal es derecho.....	25
Las ciencias penales en especial la criminología.....	29
Lo ilícito penal y lo ilícito administrativo	34
Estructura y función de las normas penales.....	36
1. Estructura interna de la norma penal.....	37
2. Contenido y significado de la norma.....	39
3. La técnica de la formulación positiva de las normas. Penales en blanco.....	46
4. La necesidad técnica de las leyes penales en blanco y sus condicionamientos constitucionales. Precisiones en torno a las técnicas de tipificación.....	50
El modelo dogmático positivo. El principio de legalidad Como garantía básica. Estructura de norma penal. Su Vigencia. Su interpretación. El caso concreto de la irretroactividad de la ley penal.....	54

1. El principio de legalidad y sus garantías.....	66
2. Límites al derecho penal en el estado social.....	68
3. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos	69
4. Las restricciones del derecho penal subjetivo, en el modelo democrático de estado de derecho.....	71
 La conducta acción humana. La fuerza irresistible. Las Formas de participación criminal. Fenomenología de la Acción típica: delito simple, complejo, conexo y continuo	 75
 El comportamiento humanos como elemento del delito. Las formas de participación.....	 76 86
Fenomenología de la acción típica.....	89
 El dolo: tipo de injusto del delito doloso, elementos, clases. error de tipos. Otros elementos subjetivos del tipo injusto.	 110
 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 re- gulación de la imprudencia en el Código Penal Hondureño La exclusión de responsabilidad objetiva: Caso fortuito y el riesgo permitido.....	 119
 Tema I: La Antijuricidad.....	 128
 Tema II: La Imputabilidad.....	 153
 Tema III: La Pena.....	 172
 Tema IV: Las medidas de Seguridad.....	 202
 V. Casos Prácticos.....	 218
 VI. Bibliografía.....	 232

I. JUSTIFICACIÓN

Justificación del Contenido

El Nuevo Código Procesal Penal promulgado el 20 de mayo de 2000 supone un salto cualitativo en el desarrollo de un sistema de derechos y garantías en la aplicación del Derecho Penal. En contraste con la normativa procesal penal anteriormente vigente, heredera de la tradición inquisitiva napoleónica, el Nuevo Código es reflejo de la doctrina más avanzada, que concibe el proceso penal como un instrumento para la solución de conflictos sociales basado en los principios de legalidad, seguridad jurídica y garantías de los derechos que amparan tanto al imputado como a la víctima.

Por ello el Nuevo Código lleva a primer plano, como clave de todo el sistema procesal, el respeto a la dignidad de la persona y la salvaguarda de sus derechos fundamentales, reconocidos y definidos por los Tratados y Convenios Internacionales de los que Honduras es parte, y por la Constitución del Estado. Es imprescindible, en consecuencia, que quienes están llamados a aplicar la nueva ley procesal se familiaricen con el contenido y el alcance de aquellas normas y con ello se ubiquen en una posición de identificación con su significado en el ejercicio cotidiano de sus tareas jurisdiccionales. Sólo desde un conocimiento suficiente, tanto en el nivel normativo como en los aspectos prácticos, de los contenidos sustantivos y procesales de la legislación vigente, podrá obtenerse una interpretación y aplicación de las normas e instituciones reguladas por el Nuevo Código que pueda considerarse conforme a su espíritu y a las finalidades modernizadoras y humanizadoras que incuestionablemente persigue.

Uno de los ejes claves de este nuevo sistema es el Juicio o Debate Oral, hasta ahora inédito en el país en causas criminales, que presidirán los Jueces de Sentencia.

El nuevo Código procesal crea una nueva figura, los Jueces de Sentencia, que serán los encargados del enjuiciamiento y fallo en Juicio Oral y público de las causas por delito.

El conocimiento del nuevo proceso penal y del Código Penal es fundamental para los Jueces de Letras y Defensores Públicos, pero si a ello no le unimos el conocimiento global del Derecho sustantivo, el esfuerzo será inútil. Sólo con una plena comprensión de los conceptos jurídicos básicos que constituyen los sustratos naturales del Derecho Penal será posible dirigir con claridad y precisión los debates. Si faltan las nociones esenciales del Derecho Penal, tanto la valoración de la prueba como la redacción de la sentencia adolecerán de graves defectos.

Conceptos tan fundamentales como la antijuricidad o la culpabilidad, deben de ser manejados con soltura y seguridad, sin dar cabida a la más mínima confusión o mala interpretación.

Por otra parte el conocimiento del sistema de penas y de las reglas de dosimetría penal es imprescindible para la redacción de las penas, así como la aplicación de las medidas de seguridad.

Para que el nuevo Código Procesal pueda llegar a buen puerto, es necesario hábiles marinos que lo dirijan. Los Jueces de Sentencia son tripulantes destacados en esta empresa. De su buena formación dependerá el éxito del proyecto.

Justificación del método

El Curso se ha elaborado con la intención de conseguir en los participantes un conocimiento de las normas de derecho penal sustantivo y de sus interpretaciones y aplicaciones, con el fin de que llegado su momento los aplicadores del derecho puedan manejar con soltura tanto los preceptos del Código penal como los conceptos teóricos y prácticos derivados de aquellos y, que tanto en la dirección de los debates que se desarrollan en el Juicio Oral, como en la valoración de la prueba y en la redacción de la sentencia, puedan desenvolverse con seguridad y confianza, ya que el conocimiento del derecho sustantivo es la base sobre la que se va a desarrollar el procedimiento.

Teniendo en cuenta que el curso va dirigido a profesionales en activo se considera que, sin perjuicio de las exposiciones teóricas, siempre necesarias, debe primar el aspecto práctico, pues consigue una mayor fijación de los contenidos y de los valores que se pretende inculcar.

En consecuencia se realizarán unas evaluaciones al principio y al final del curso.

Así el curso se iniciará con una evaluación inicial que permitirá al participante comprobar las dificultades o las dudas que le ofrece la materia, y ser por tanto consciente de la necesidad de realizar un esfuerzo de aprovechamiento del curso.

Al final de cada jornada se realizarán casos prácticos, que harán referencia a los contenidos teóricos del día, que serán resueltos en grupos y debatidos luego en conjunto.

En el desarrollo expositivo del contenido teórico del curso se ha optado por la introducción de textos básicamente informativos del contenido del Derecho Positivo, eludiendo en lo posible los conflictos doctrinales o las elaboraciones teóricas que pudieran disipar la orientación eminentemente práctica que se pretende. Pero al propio tiempo se ha procurado que esos desarrollos teóricos o expositivos sean lo suficientemente amplios como para poder servir, una vez concluido el Curso, de punto de referencia o ayuda, o medio de consulta básico.

De este modo, la metodología propuesta se basa en la utilización de dichas exposiciones como textos de apoyo, que el docente deberá utilizar como base de su exposición teórica en función de las características concretas del grupo, y por tanto sin la pretensión de reproducir de manera íntegra sus contenidos.

II. OBJETIVOS

Objetivos en cuanto al contenido de conocimiento

- ◆ Identificar las normas básicas contenidas en el código penal que recogen los principios que rigen el mismo, en especial las que afectan a la antijuricidad, a la imputabilidad, a las penas y a las medidas de seguridad.
- ◆ Provocar la reflexión sobre la significación que tiene en el campo de derecho penal, el principio de culpabilidad, personalidad de las penas y proporcionalidad, y de las consecuencias jurídicas que un adecuado uso de esos principios puede tener para cualquier ciudadano en función de sus circunstancias y del hecho cometido.
- ◆ Aprender a deslindar adecuadamente la responsabilidad penal, a través de un adecuado manejo de los conceptos de dolo y culpa, mediante un conocimiento exacto de su regulación en el código penal, apreciando claramente los límites existentes entre una y otra figura, teniendo siempre presente las consecuencias penales que para el imputado tiene la consideración jurídica que su conducta pueda merecer.
- ◆ Adquirir las técnicas adecuadas de individualización de la responsabilidad, a través de un conocimiento exacto de las formas de determinación de la pena y de la aplicación de las reglas de dosimetría penal, atendiendo al grado de perfeccionamiento del delito, a la participación del sujeto, al régimen de pluralidad delictiva y a la concurrencia de circunstancias modificativas.
- ◆ Adquirir un conocimiento igualmente preciso de la regulación contenida en el código penal, con relación a las medidas de seguridad y su imposición.
- ◆ Analizar con detenimiento las causas de justificación de legítima defensa, estado de necesidad y cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a fin de comprobar, como cada palabra, cada concepto contenido en un precepto penal, puede suscitar al operador del derecho múltiples dudas interpretativas y a su vez ofrecer distintas soluciones igualmente validas.
- ◆ Analizar, asimismo las causas de inimputabilidad y concretamente la minoría de edad y el trastorno mental transitorio, valorando las diversas posibilidad que su concurrencia implica.
- ◆ Comprender la incidencia que todo lo anterior tiene en el manejo o control del juicio, la valoración de la prueba y la redacción de la sentencia.

Objetivos en cuanto a la actitud perseguida

- ◆ Concienciar a los Jueces de Sentencia que un conocimiento amplio de la parte general del derecho penal siempre permitirá dar respuesta a todos los supuestos prácticos que en la vida diaria puedan plantearse.
- ◆ Sensibilizarse, en el sentido que del manejo que de dichos conceptos se puedan realizar, dependerán las consecuencias que para el imputado pueda tener el hecho por él cometido, acercándose siempre a aquellas soluciones que el derecho positivo pueda ofrecer y que resulten más favorables al mismo, haciendo una interpretación de las disposiciones penales de manera restrictiva, alejándose de soluciones que conduzcan al absurdo y que puedan resultar incluso, contrarias al sentido común.
- ◆ Hacerles ver, que en el nuevo sistema procesal, la relevancia de la actuación de los Jueces de Sentencia, se traduce en una mayor responsabilidad, al adquirir su función toda la dimensión que el ordenamiento jurídico le encomienda, tanto en la dirección del juicio, como en la valoración de la prueba y en la redacción de la sentencia.
- ◆ Reforzar con ello la idea, de que el Juez de Sentencia, debe ser un estricto observador de los principios y garantías que igualmente rigen el derecho sustantivo penal, mediante una adecuada subsunción de las normas en el supuesto de hecho que se contempla, delimitando adecuadamente la responsabilidad penal, en la medida que unas garantías van unidas a las otras y están interrelacionadas entre si. De nada sirve un procedimiento garantista, si se utiliza como cauce para juzgar hechos e imponer penas, no adecuadas al reproche social que las referidas conductas merecen.
- ◆ Finalmente, provocar el debate entre los miembros de la Judicatura, y con ello fomentar las relaciones interpersonales y profesionales de todos ellos, en la idea de que el intercambio de pareceres siempre enriquece y brinda soluciones, a fin de evitar desigualdades en la aplicación de la ley.



**III.
METODOLOGÍA**

Metodología empleada

En el desarrollo de este curso de capacitación de los Jueces de Letras y Defensores Públicos de Honduras, se va a perseguir fundamentalmente la preparación de los mismos en el control del debate judicial, en la valoración de la prueba practicada y en la redacción y elaboración de la sentencia o en la elaboración de los informes finales de los juicios, respectivamente.

Sin embargo tales objetivos nunca podrían lograrse si no se tiene un conocimiento claro del Derecho penal sustantivo.

Un perfecto dominio del proceso si no va acompañado del conocimiento científico preciso para fundamentar aquel, va destinado al fracaso.

Mal se va a poder dirigir el Juicio Oral, si no se sabe que contenidos son los que deben buscar las partes en su interrogatorio o en el desarrollo de la prueba, o si se ignora los rudimentos básicos del hecho delictivo.

La antijuricidad y la imputabilidad, así como las causas que las excluyen han de ser conocidas y comprendidas en toda su grandeza y plenitud.

Sin embargo para la redacción de la sentencia, el aplicador del derecho tiene que ser un perfecto conocedor del sistema de determinación de la pena y de la aplicación de las medidas de seguridad.

Todo ello sólo se puede lograr con una combinación de las exposiciones teóricas con el desarrollo de los casos prácticos.

El sistema metodológico que se va a emplear será el siguiente:

En primer lugar se realizará un breve test, que tendrá lugar antes del desarrollo teórico de la primera clase. A través de este test lo que se pretende es conocer cuales son los conceptos dudosos o ignorados por los alumnos, así como cual es el nivel de conocimiento de los temas objeto de éste módulo.

A continuación se pretende, como decía antes, combinar la teoría con la práctica. De este modo las clases se pueden dividir en dos partes. En la primera se desarrollará la exposición del tema, siguiendo el contenido obrante en el módulo. Aunque el sistema expositivo, como es obvio, girará en torno a la explicación que haga el profesor de la materia correspondiente, dicha exposición

debe ser interrumpida por los alumnos cuando consideren que algún concepto no está suficientemente claro o cuando quieran aportar su opinión sobre lo que se está diciendo. En la segunda parte, los alumnos divididos en cuatro grupos, dispondrán de unos minutos para estudiar, cada grupo, los casos prácticos recogidos en este módulo. A continuación se expondrán las opiniones y se debatirán, conjuntamente por todos, las soluciones aportadas. Esta metodología se aplicará en todas las clases, salvo en la última, pues el tiempo que habitualmente se dedica al caso práctico, deberá invertirse en esta ocasión en el desarrollo del test de evaluación.

A través de este test final de evaluación se podrá comprobar el aprendizaje del alumno, así como las dudas y errores que todavía subsistan, con la finalidad, entre otras, de corregir para el futuro los errores que se hayan cometido antes.

Horarios para la exposición de los bloques teóricos

La **asignación de tiempos** que se propone para los contenidos teóricos no puede ser rígida, sino básicamente orientativa. En función del interés de los asistentes, de las prioridades concretas del docente o de las circunstancias que puedan concurrir (por ejemplo, en relación con el número de participantes, o con los medios técnicos disponibles) es perfectamente posible e incluso recomendable la adaptación de los contenidos a un cronograma parcialmente modificado.

Sin embargo, es muy conveniente seguir el **orden sistemático** marcado en el índice de los bloques teóricos, por la sencilla razón de que el desarrollo de los contenidos sigue el esquema lógico cuya alteración podría generar lagunas de conocimientos y la consiguiente confusión y desorientación en los participantes. Además el orden establecido de casos prácticos se corresponde con la docencia teórica impartida en cada sesión. Ello significa que una alteración en el orden o en el contenido de la exposición teórica, podría implicar que el caso práctico previsto para ser desarrollado a continuación, no obedeciera a lo que se hubiera expuesto.

Igualmente aconsejable es que las exposiciones teóricas **no excedan de los tiempos** marcados en el cronograma, dado que por encima de esos máximos, considerando la densidad jurídica de algunos de los temas tratados, sería harto difícil mantener la atención de los participantes.

Horarios para la ejecución de los casos prácticos.

La **asignación de tiempos** que se establece ha sido diseñada con extremo ajuste para el desarrollo de la práctica. El tiempo fijado, que desde luego no es holgado, si que parece suficiente para que por los alumnos, repartidos en grupos se pueda disponer de un pequeño periodo de tiempo, para leer y preparar el caso, y posteriormente comentarlo con la totalidad de la clase. Para los casos prácticos relacionados con las causas de justificación e inimputabilidad se concede un tiempo superior que para los casos prácticos de determinación de prueba. Estos últimos han de ser breves, no más de cinco minutos por caso y se resuelven por la totalidad de la clase.

Materiales

La impartición del presente Módulo es posible en principio, con los materiales que se incorporan en el mismo, junto a la documentación complementaria con la que se amplía en esta Guía Metodológica.

No obstante, sí **es imprescindible que los participantes dispongan de:**

**Un ejemplar de la Constitución de la República de Honduras,
del Código Penal vigente con sus últimas reformas,
y el Nuevo Código Procesal Penal,**

Lo que habrá de advertírseles con carácter previo al inicio del curso, dado que deberán manejarlo repetidamente, tanto para seguir las explicaciones de los bloques teóricos como, principalmente, para resolver los ejercicios sobre dichos bloques.

En cuanto a las **instalaciones y medios técnicos**, es conveniente disponer de espacio suficiente para ejecutar las dos modalidades fundamentales de impartición del Módulo: las exposiciones de los bloques de contenido teórico y el desarrollo de los casos prácticos han de llevarse a cabo en un local donde puedan ubicarse con espacio suficiente todos los asistentes, a ser posible no tipo auditorio, sino disponiendo de una mesa, a ser posible individual, sobre la que puedan escribir y distribuir con comodidad la documentación.

Evaluación

El Módulo prevé en el horario o cronograma dos ejercicios de evaluación, inicial y final, respectivamente.

El ejercicio de evaluación inicial, que se acompaña con el módulo instruccional, contiene una serie de preguntas tipo test, concretamente diez preguntas y su finalidad es que se realice al inicio de la primera clase de este Bloque I de Derecho Penal, Parte General.

Su objetivo es que se pueda evaluar los conocimientos que tienen los alumnos previamente a recibir información sobre la materia. De esta manera, el docente podrá saber cual es el nivel de formación y cuales son los errores o defectos más importantes. Hubiera sido preferible poder realizar este test con un mayor número de preguntas, sin embargo se ha optado por incluir solamente diez. La razón es fundamentalmente el escaso tiempo del que se puede disponer, unos 15 o 20 minutos. Se estima que este breve periodo de tiempo no permite el que se pueda realizar un test con un contenido más amplio. En cualquier caso como lo que se pretende es obtener una previa información sobre el nivel de los alumnos, se considera que con diez cuestiones, que contengan preguntas de todo el temario se cumple este objetivo.

El ejercicio de evaluación final, tiene como finalidad saber si los alumnos han aumentado sus conocimientos y han comprendido las exposiciones teóricas y los casos prácticos. Ello unido a los resultados que, individualmente y día a día, obtiene el profesor con las intervenciones de los alumnos en los casos prácticos y la participación en las clases, va a ser la medida de concretar el aprovechamiento de los asistentes y, por ende, poder establecer cuales son los que han obtenido un mayor aprovechamiento y, en resumen van a estar mejor cualificados para el desarrollo de la tarea que les espera en los Tribunales de Sentencia.

Así como el test de evaluación inicial se ha incluido en el Módulo, aunque, evidentemente las respuestas sólo obran en esta Guía

Metodológica, el test de evaluación final, no se ha querido incluir en el Módulo, ya que se pretende que los alumnos ignoren su contenido y por lo tanto no asistan a las clases y atiendan únicamente en lo que a tal ejercicio se refiere.

Por tal razón el test de evaluación final, así como sus respuestas, únicamente se encuentra en la Guía Metodológica.

Exposición de los Bloques Teóricos

El Módulo se ha elaborado, siguiendo el programa preestablecido.

Comprenden dicho programa cuatro grandes áreas que son: la antijuricidad, la imputabilidad, las penas y las medidas de seguridad.

En la exposición de los temas, se contemplan tanto cuestiones puramente doctrinales y conceptuales, como jurisprudenciales. Se procura que haya una relación de jurisprudencia y de ejemplos que clarifiquen los conceptos que, a veces resultan de una dificultosa comprensión, dado su obvio contenido dogmático. Hay que evitar confundir a los alumnos con disquisiciones teóricas y enfrentamientos doctrinales. Las exposiciones teóricas tiene que contener la visión mayoritaria y, a ser posible, refrendada por la jurisprudencia. Ello no es óbice a que en algunos temas haya que reflejar alguna cuestión problemática, así como los debates surgidos. En cualquier caso debe de exponerse de modo claro, concreto y sucinto.

Dada la gran importancia que, a juicio de este Consultor tiene la problemática de la determinación de la pena, se ha cuidado con extremo celo la elaboración de esta parte del Módulo, tratando de comprender todos los posibles casos que en la realidad se puedan plantear y desarrollándolos lo mas minuciosamente que el tiempo permitía.

Se sugiere, como técnica de participación, que la exposición teórica sea interrumpida por los alumnos cuando lo consideren necesario. A tal fin se les hará saber a dichos alumnos, antes de empezar las clases que pueden preguntar e interrumpir al docente siempre que quieran e incluso alentarles a ello, preguntándoles de vez en cuando, durante la exposición teórica, si lo han comprendido o quieren preguntar algo. Esto es importante que sea así, porque los temas, por su contenido son áridos y la exposición monótona y rutinaria, no contribuye a que los alumnos obtengan el mejor aprovechamiento. Hay que introducir, por consiguiente, una participación continuada en el desarrollo de la clase.

Exposición de los Casos Prácticos

En los casos prácticos hay que distinguir dos bloques. Por una parte están los casos relacionados con las causas de justificación e inimputabilidad. Por otra,

están los casos de determinación de pena.

Los primeros, los relativos a causas de justificación e inimputabilidad, consisten en la elaboración de unos hechos probados, que se someten a los alumnos para que, previa lectura, expongan su opinión sobre la concurrencia o no de causas de justificación o inimputabilidad. Estos hechos probados están extraídos textualmente, de casos reales; todos ellos son casos que se han visto por los Tribunales y sobre los que el Tribunal Supremo se ha pronunciado.

El desarrollo de estos casos se estructura del siguiente modo. Los alumnos, como se ha dicho antes, dispondrán de un periodo de tiempo, no superior a diez o quince minutos para su lectura. A tal fin los alumnos se distribuyen en cuatro grupos, repartiéndose los dos casos. Una vez concluida su lectura y estudio, los grupos van exponiendo sus opiniones sobre los hechos y sobre las causas de exención. A continuación el debate se generaliza a la totalidad de la clase y al final el profesor expone su opinión que será la contemplada en cada sentencia, insistiendo en que cualquier solución, siempre que no sea burda o absurda, es posible y válida en Derecho penal, cuando vaya acompañada de una explicación que lo justifique.

El segundo bloque de casos prácticos, los referentes a determinación de la pena, son casos muy breves. El modo de su desarrollo en clase es distinto al que hemos visto. La clase funcionará en su totalidad y, el profesor leerá en voz alta cada caso, pasando a continuación a recabar la opinión de los alumnos, debatiéndose los principales problemas y dificultades y aportándose la solución, al final por el profesor.

Participación

El Módulo persigue, como ya se ha expuesto, la participación constante del asistente al curso. Es muy importante señalar, y así ha de hacerse saber de manera expresa al capacitador y a los participantes, que resulta imprescindible que los conceptos básicos que se incluyen en las explicaciones teóricas sean comprendidos y asimilados.

De ahí la importancia, como se decía, de hacer comprender a dichos participantes la necesidad absoluta de que no dejen pasar la ocasión de formular las preguntas cuya respuesta sea capaz de resolverles una duda.

El docente debe estar abierto a responder sobre la marcha las dudas que se vayan suscitando. En función de las características del grupo de sus

componentes puede optar por consentir ser interrumpido en el curso de la disertación o, por el contrario, abrir al término de la misma un mínimo tiempo para la aclaración o complementación de conceptos que alguno o algunos de los asistentes no hayan percibido con claridad. De todos modos como ya se ha expuesto es opinión de este Consultor que la participación preferible es la que se realiza interrumpiendo e inquiriendo en el momento de la duda.

Sin embargo y, para el caso de que se considere, en atención a las características del grupo o del docente, el no permitir la interrupción durante la exposición, un sistema adecuado para lograr el mismo fin sin poner en riesgo la unidad y la continuidad de la exposición, es proponer a los participantes que anoten por escrito aquellas dudas que les vayan surgiendo, y así las pasen al docente, de modo que puede éste valorar si le es posible contestarlas como mayor o menor extensión sin modificar el cronograma, o incluso la posibilidad de hacerlo (como ya se dijo al comienzo), y sobre todo seleccionar las cuestiones más interesantes, así como sintetizar las concurrentes sobre aspectos similares o próximos.

IV. PROGRAMA

Programa

Grupo A

Lunes 15 de Enero de 2007

- ◆ **Desarrollo del test inicial de evaluación**
- ◆ Exposición teórica: Tema I, la antijuricidad,
- ◆ Casos prácticos n^o 1 y 2. Estudio y desarrollo de los mismos.

Martes 16 de Enero de 2007

- ◆ Tema II. La imputabilidad
- ◆ Tema III. La punibilidad (mitad de tema)
- ◆ Casos prácticos n^o 3 y 4. Estudio y desarrollo de los mismos.

Miércoles 17 de Enero de 2007 (mañana)

- ◆ Tema III. Segunda mitad. e inicio del Tema III, la punibilidad, hasta el sistema de penas (inclusive)
- ◆ Casos prácticos n^o. 5 y 6. Estudio y desarrollo de los mismos.
- ◆ Evaluación final.

Grupo B

Miércoles 17 de Enero de 2007 (tarde)

- ◆ **Desarrollo del test inicial de evaluación**
- ◆ Exposición teórica: Tema I, la antijuricidad,

Jueves 18 de Enero de 2007

- ◆ Casos prácticos nº 1 y 2. Estudio y desarrollo de los mismos
- ◆ Tema II. La imputabilidad
- ◆ Casos prácticos nº 3 y 4. Estudio y desarrollo de los mismos.

Viernes 19 de Enero de 2007

- ◆ Tema III, la punibilidad.
- ◆ Casos prácticos nº. 5 y 6. Estudio y desarrollo de los mismos.
- ◆ Evaluación final.

EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL. LAS ESCUELAS PENALES. LAS CIENCIAS PENALES, EN ESPECIAL LA CRIMINOLOGÍA. LO ILÍCITO PENAL Y LO ILÍCITO ADMINISTRATIVO.

I. INTRODUCCIÓN

EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL.

1.- Definición.

Para definir el Derecho penal en la actualidad puede servir de punto de partida la clásica definición de VON LISZT: "Conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian al crimen como hecho la pena como legítima consecuencia".

No obstante, hoy no puede aceptarse pura y simplemente esta definición. Aparte de algunas objeciones de menor entidad, pueden hacersele reparos de fondo.

En primer lugar, la definición de VON LISZT se refiere, exclusivamente, al Derecho penal en sentido objetivo. Todo sector del ordenamiento jurídico (y el Derecho penal no es una excepción) puede ser concebido objetivamente, como conjunto de normas, como ordenamiento; y subjetivamente, como facultad o poder dimanante de dichas normas y regulado por ellas. Es obvio que la definición de VON LISZT no menciona este aspecto subjetivo del Derecho penal que, sin embargo, ha de ser tenido en cuenta a la hora de efectuar una delimitación conceptual completa del mismo.

En segundo lugar, y esta objeción es de la mayor importancia, en la definición de VON LISZT aparecen mentados solamente el delito y la pena, sin que se haga alusión alguna al estado peligroso ni a la medida de seguridad. El delito, como infracción culpable de las normas jurídicas, y la pena, como codigno castigo de tal infracción eran ciertamente los ejes sobre los que giraban, en exclusiva, el Derecho Penal clásico. Pero el embate teórico del positivismo naturalista ha incrustado en los modernos sistemas penales dos nuevos elementos: el estado peligroso (esto es, la situación de la que cabe inferir una relevante probabilidad de delincuencia futura respecto de un sujeto) y la medida de seguridad (esto es, la reacción defensiva de la comunidad estatal ante esa probable delincuencia futura).

En este orden de cosas, si, según se ha dicho, el delito y la pena, claves de bóveda del Derecho penal clásico, significan un modo de entender el sistema penal absolutamente antitético respecto del representado por el estado peligroso y la medida de seguridad, no tiene nada de particular que se haya puesto en duda la pertinencia de incluir en el ámbito del Derecho penal estas dos últimas instituciones, singularmente para el caso de estados peligrosos y medidas de seguridad cuya respectiva declaración o imposición no requiere previa comisión de delito por el autor (predelictuales).

Para llegar a una conclusión al respecto, siquiera sea de carácter provisional, bastará poner de manifiesto que las medidas de seguridad no tienen exclusivamente fines pedagógicos y asistenciales: son el fruto de una ideología según la cual es legítimo imponer a los individuos asociales privaciones de bienes jurídicos con fines punitivos más o menos confesados, aun cuando no hayan cometido infracción alguna del Derecho, porque con tales privaciones -auténticas penas anticipadas- la sociedad no hace sino defenderse.

Las medidas de seguridad tienen el mismo carácter aflictivo que constituye la nota esencial de la pena. Para convencerse de la verdad de tal afirmación basta con repasar el catálogo de medidas de seguridad admitidas en derecho español y hondureño. Y, si ello es así si las medidas de seguridad tienen una naturaleza punitiva, no pueden dejar de pertenecer al Derecho penal.

En atención a las consideraciones efectuadas, podemos definir el Derecho penal como "conjunto de normas jurídicas positivas, reguladoras del poder punitivo del Estado que definen como delitos o estados peligrosos determinados presupuestos a los que asignan ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad".

2.- Naturaleza.

El problema de la naturaleza del Derecho penal puede abordarse mediante el análisis de las siguientes tesis:

El Derecho penal es Derecho.

La afirmación de esta característica, por otra parte obvia, se hace necesaria a causa de la fuerte influencia de criterios religiosos y morales en el proceso de configuración e interpretación del Derecho penal. Cualquiera que sea la ideología que se profese respecto de la moralidad o inmoralidad de ciertas acciones u omisiones, el punto de vista de la moralidad no debe prevalecer en el ámbito del Derecho penal, porque éste es Derecho, esto es, un orden de la coexistencia humana y no un sistema de salvación personal o un camino de perfección.

El Derecho regula la conducta humana sólo en la medida en que ésta interfiere o puede interferir en la libertad ajena. Por ello rige tan sólo el lado externo de la acción, no las intenciones: si bien las intenciones pueden tener (y en muchos casos tienen) relevancia jurídica, el imperativo jurídico no se dirige a ellas. El orden de las intenciones es ajeno a la regulación jurídica, no tanto porque sea "incoercible", sino porque constituye un ámbito privado, que no debe ser sometido a las leves de la comunidad.

Es más: al Derecho no le interesa la conducta humana manifestada externamente en su totalidad, sino sólo en la medida en que afecte o que pueda afectar a otros. El ordenamiento jurídico cumple la función - indispensable, aunque limitada- de distribuir entre los miembros de la comunidad los bienes, valores, oportunidades, etc., de que ésta dispone. Todo lo que no repercuta directa o indirectamente sobre dicha distribución ha de serle indiferente.

B.- El Derecho penal es una parte del ordenamiento jurídico positivo.

El Derecho penal es Derecho positivo. La obligatoriedad de sus normas no depende del convencimiento empírico del destinatario acerca de la adecuación de las mismas, sino de la voluntad soberana que las asume e impone, y su cumplimiento está garantizado por la coacción, y precisamente por el medio coactivo más fuerte de que dispone el ordenamiento jurídico positivo: la pena. Así, no sólo cabe afirmar que el Derecho penal es una parte del ordenamiento jurídico-positivo, sino que es, además, una parte cualificada, que desempeña una función de

"última ratio" del ordenamiento jurídico como un todo, puesto que contiene sus últimas y más temibles defensas.

Debe advertirse que concebir el Derecho penal como Derecho positivo no implica que se comparta la vieja ilusión del positivismo legal, según la cual el sistema jurídico positivo sería un todo cerrado y completo en sí mismo. Pero conlleva, en cambio, la afirmación de que no pueden imponerse castigos sino en virtud de normas positivas, establecidas claramente por el Estado.

C.- El Derecho penal es Derecho público.

El ordenamiento jurídico es un todo unitario puesto que emana de una única instancia soberana y sus normas aparecen como concreciones de la justicia. La unidad del valor supremo, al que la totalidad del sistema jurídico se halla subordinada, y la unidad de la soberanía estatal, de la que es emanación, se traducen en la unidad del ordenamiento mismo.

Esta unidad ha llevado a algunos autores a negar la virtualidad de la distinción Derecho público-Derecho privado. Habría que aceptar tales tesis negativas si la dicotomía implicara concebir de modo dual lo que es de suyo unitario. Pero, distinguir entre Derecho público y privado no significa admitir que haya dos especies del género "Derecho", ni que el Derecho pueda ser concebido desde dos perspectivas contrapuestas, sino sólo reconocer que el dualismo Estado-sociedad civil, innegable al nivel de la materia de la regulación, desempeña un papel clasificatorio respecto de la regulación misma.

Esto sentado, es obvio que en la medida en que la distinción Estado-sociedad civil evoluciona, cambian también el sentido y las funciones de la distinción entre el Derecho público y el privado; y no puede sorprender que ninguno de los criterios propuestos para efectuar la delimitación entre ambos sea satisfactorio, pues tratan de deslindar conceptualmente y "a priori" algo que tal vez sólo pueda ser dividido de modo pragmático y a la vista de cada ordenamiento jurídico concreto, esto es, "a posteriori". Hechas estas precisiones, puede, sin embargo, afirmarse que el Derecho penal es Derecho público.

Para comprenderlo así basta recordar que lo que hoy llamamos pena nace justamente en el momento en que la organización política

comienza a diferenciarse de la comunidad social. Esa concomitancia temporal no se debe al azar, sino a que la función de castigar es un atributo esencial del poder político.

D.- El Derecho penal es autónomo en el establecimiento de sus presupuestos y en la fijación de sus consecuencias jurídicas propias.

Afirmar el carácter autónomo del Derecho penal vale tanto como rechazar las concepciones que lo configuran como un Derecho puramente sancionador.

Para GRISPIGNI ley penal contiene tanto el precepto (el mandato o la prohibición) cuanto la sanción. No es, en consecuencia, puramente sancionatoria si bien el momento sancionador es prevalente desde el instante en que los preceptos penales se limitan, en todo caso, a servir de refuerzo a preceptos no penales. Pero esta afirmación resulta inadmisibles. Y ello, en primer lugar, porque sería vano buscar en el resto del ordenamiento jurídico preceptos correlativos a los establecidos por una larga serie de leyes penales; en segundo lugar, porque allí donde aparentemente pudiesen encontrarse tales preceptos, un análisis detenido de cada uno revelaría que el precepto penal y el extrapenal raramente son idénticos.

Las funciones específicas del Derecho penal y la naturaleza de sus sanciones imponen en cada caso exigencias que obligan a remodelar los presupuestos, incluso cuando deberes, derechos o infracciones declarados en otro sector del ordenamiento jurídico han servido de punto de partida; y puede decirse que "también cuando la sanción penal parece estar al servicio de otras normas de Derecho privado o de Derecho público existe un precepto -un mandato o una prohibición- directamente colocado bajo amenaza penal (precepto penal)".

En consecuencia, cabe afirmar la autonomía del Derecho penal; autonomía limitada por la unidad y congruencia del ordenamiento jurídico. De esa toma de postura se derivan importantes consecuencias respecto de la interpretación: allí donde la Ley penal emplea términos procedentes de otras ramas del Derecho, el intérprete no queda vinculado por el sentido que revistan en ellas, sino que ha de dilucidar

cuál es, en cada caso, el que la propia Ley penal les otorga.

Más importante que aquella discusión sobre su naturaleza es la averiguación de los fines y cometido del Derecho Penal. Para los clásicos tendría una función sancionadora y tuteladora del orden social y la moral dominante. Era, en frase de MANZANI, "el minimum ético". Más modernamente JESCHECK dirá que ese fin es asegurar la inquebrantabilidad del orden jurídico.

Avanzando más, ANTOLISEI pretendía que el Derecho Penal no debía mirar tanto a asegurar la conservación de la sociedad como a promover su progreso, por lo que es necesario penalizar conductas que paralizan el desarrollo de valores de los que depende el progreso: penalizándolas se hace comprender su carácter indeseable y se contribuye a la formación de una nueva valoración ética. MIR PUIG considera que el Derecho penal es un medio de control social, que tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello al uso o imposición de la pena. Esta tesis es desarrollada, desde otros puntos de vista, por GIMBERNAT y MUÑOZ CONDE.

Terminada la Guerra Mundial se replantea en Alemania el camino de la dogmática penal y del estudio de la estructura del delito, aproximándose, de un lado, las posiciones como reacción a los riesgos que para el Derecho Penal representó el Estado totalitario mientras que, de otro, nacen nuevas corrientes del pensamiento Penal.

Como superación de los postulados del neokantismo surge la doctrina finalista de WELZEL. Con influencias de la doctrina de la imputación de HEGEL (y no ajena a la vieja máxima Aristotélica de que "todo ser inteligente obra para alcanzar un fin"), centra esta teoría su núcleo en la concepción de la acción delictiva como comportamiento humano dirigido a un fin. Pero sólo la acción dolosa es final, la acción culposa es fruto de una causalidad ciega, que aparta a la acción de su fin propio conduciéndola a un fin no querido, por inobservancia de los deberes de cuidado que debieron evitar tal desviación. De ahí la doble estructura de la acción: una dolosa, otra culposa; y que al extraerse el dolo y la culpa del elemento de la culpabilidad, incorporándolos a los respectivos conceptos de acción, haya de reforzarse la concepción puramente jurídica o normativa de la culpabilidad, para reducirla a mero reproche

por obrar en forma opuesta a como el Derecho exigía haber obrado.

Frente a ese concepto final de acción, otro sector de la dogmática alemana prefiere utilizar "criterios menos discutibles" y considera preciso mantener un concepto unitario o "social" de acción, que BOCKELMANN definirá como "comportamiento humano socialmente relevante"

Por lo demás, esas doctrinas siguen la ya asentada teoría jurídica del delito y en orden a las consecuencias penales aceptan la "doble vía" de la pena, con finalidad ecléctica, y las medidas de seguridad, que pretenden someter a las mismas garantías que la pena.

LAS CIENCIAS PENALES. EN ESPECIAL LA CRIMINOLOGIA.

1.- La Enciclopedia criminológica.

El estudio del delito, el delincuente y el de los medios de lucha contra el crimen no puede llevarse a cabo por una sola disciplina. Lo extenso del campo a investigar y la diversidad de métodos a utilizar para el conocimiento del objeto de estudio, dados los varios puntos de vista desde que pueden ser contemplados, forzosamente ha de desembocar en una multiplicidad de ciencias, conocidas con el nombre de "Ciencias penales" o "Ciencias criminológicas", la reunión de las que constituye la "Enciclopedia de las ciencias penales", "Enciclopedia criminológica" o, simplemente, "Criminología".

El problema que plantea esa distinción es el de si un mismo hecho, el delito, puede ser a la vez objeto de un conocimiento jurídico y un conocimiento natural o casual-explicativo. KELSEN afirma que la ciencia jurídica no tiene por objeto los hechos reales, sino tan sólo las normas jurídicas. Concebir cualquier cosa jurídicamente no puede querer decir otra cosa que concebirla como Derecho. Para GRISPIGNI concebir cualquier cosa jurídicamente quiere decir concebirla, no como Derecho, sino según el modo como es concebida por el Derecho. Podríamos decir que, en definitiva, lo que ocurre cuando se habla de concepto normativo y concepto causal explicativo del delito, es que se está haciendo referencia a objetos distintos: una abstracción lógica y un hecho natural respectivamente .

2.- Clasificación de las disciplinas comprendidas en la "Enciclopedia de las ciencias penales".

Pueden hacerse dos grupos de las disciplinas dedicadas al estudio del fenómeno jurídico social constituido por la delincuencia: uno, las normativas, que siguen un método lógico-abstracto y tienen por objeto el estudio de las normas reguladoras del delito y la pena como conceptos jurídicos; otro, las naturalísticas, que siguen un método causal explicativo y tienen por objeto el estudio de las manifestaciones, las causas, los efectos y los remedios del delito en el orden social. A ellas pueden añadirse unas terceras que tienen carácter auxiliar en cuanto contribuyen a perfilar aspectos útiles para el conocimiento de esos dos objetos.

Son ciencias normativas la Dogmática penal o Derecho Penal propiamente dicho, la Filosofía del Derecho Penal, la Historia del Derecho Penal, el Derecho penitenciario y el Derecho procesal penal.

Son ciencias naturalísticas o causal explicativas (criminológicas propiamente dichas) la Antropología criminal (que incluye la Biología criminal y la Psicología Criminal) y la Sociología criminal.

Son ciencias auxiliares la Medicina legal, la Psiquiatría forense, la Psicología judicial, la Policía científica y la Estadística criminal y penitenciaria

3.- Exposición de las ciencias complementarias del Derecho Penal.

La figura del delincuente, como ente humano, es estudiada por la Antropología criminal que trata los caracteres orgánicos y biológicos del hombre, como influyentes en la tendencia al delito: degeneración, perturbaciones endocrinas y cromosómicas, constituciones caracterológicas, etc.

La Psicología criminal estudia los factores anímicos que conducen al delito y caracterizan al delincuente. Cuando estos factores anímicos pertenecen a la serie de anomalías mentales son objeto de la Psiquiatría

criminal.

El delito como fenómeno que se da en la sociedad es objeto de la Sociología criminal estudia el delito como un fenómeno de la vida de la comunidad, esto es, el complejo unitario de las diversas manifestaciones criminales que se dan en la sociedad humana, su evolución y su relación con los restantes fenómenos sociales: emigración, paro, inflación, etc.

Poderoso medio auxiliar de esta Ciencia es **la Estadística criminal** que nos da la expresión cuantitativa de los delincuentes y los delitos.

Desde el punto de vista de la pena y demás medios de lucha contra el crimen, el penalista ha de acudir, en primer lugar, **a la Penología y la Ciencia Penitenciaria**, que tienen por objeto el estudio de los modos de ejecución de las penas, en especial las privativas de la libertad, para que éstas cumplan mejor los fines que le son señalados.

Otras ciencias que auxilian a la persecución, descubrimiento y acierto en juzgar los delitos, las constituyen **la Policía científica** que se ocupa del conjunto de medios orientados a descubrir y probar los delitos; la Psicología judicial o jurídica, que es aquella rama de la psicología aplicada que tiene por objeto indagar el comportamiento psíquico de todos los que intervienen en el proceso: Juez, acusado, acusadores, testigos, etc.; y la Medicina legal o forense que aplica los conocimientos médicos al esclarecimiento de los delitos, especialmente de sangre y contra la honestidad y de la que es una rama muy importante la Psiquiatría forense, que ayuda a determinar el grado de responsabilidad de los acusados trastornos mentales.

4.- La Criminología.

Decir que es aquella parte de la ciencia que se ocupa del estudio empírico del delito es no decir mucho o casi nada, si no se indica antes qué es lo que se entiende por delito. Y aquí es donde empiezan las dificultades de todo tipo.

Por un lado, el concepto de delito viene marcado por el Derecho penal que, al mismo tiempo, delimita el objeto de la Criminología. Pero, por otro lado, el objeto de la Criminología no puede limitarse ni depender de las cambiantes normas legales, ni la Criminología misma puede convertirse en una simple ciencia auxiliar del Derecho penal. Si se le

quiere atribuir una importancia autónoma, debe extender su interés más allá de los estrictos límites de las normas jurídico-penales.

Las explicaciones criminológicas de la conducta punible no tienen que limitarse a la punibilidad misma, sino que también deben valorar los cambios que se producen en la punibilidad, las razones por las que se consideran punibles unas conductas y no otras y, sobre todo, investigar en qué se diferencian las infracciones de las normas penales y las infracciones de otras normas de conducta. Las normas del Derecho penal y las normas sociales están en una relación que no siempre es paralela y conduce al mismo fin, aunque tengan elementos estructurales comunes que las acercan irremediabilmente.

No todo lo que castiga el Derecho penal (piénsese en el delito ecológico, en el fraude fiscal o en el aborto) es desaprobado igualmente en el ámbito social. Y no todo lo que socialmente merece desaprobación es elevado a la categoría de infracción punible o tan siquiera de infracción jurídica (piénsese en el gamberrismo o simplemente en el mal comportamiento social o inmoral).

Pero tanto las normas jurídico-penales como las sociales tienen un factor común que las relaciona inevitablemente y las hace objeto de la misma preocupación científica. El objeto de las mismas es, ante todo, una "desviación" o "conducta desviada" de las normas de referencia, y su forma de sanción, el «control social», refleja los mismos elementos fundamentales (norma - sanción - proceso), aunque luego existan diferencias específicas.

Por todo ello se considera hoy, de un modo más o menos dominante, que el objeto de la Criminología es, por un lado, el estudio de la «conducta desviada» y, dentro de ella, también del delito o de la «criminalidad»; pero, por otro, también el proceso de definición y sanción de la conducta desviada y de la criminalidad, es decir, el «control social», bien sea un control social informal (que se ocupa de la conducta desviada en general), bien sea un control social formalizado que, como el Derecho penal, se ocupa específicamente de la criminalidad.

Naturalmente, con ello aún no se ha dicho nada sobre la forma en que la Criminología tiene que enfrentarse con su objeto. Desde los

planteamientos etiológicos biologicistas más burdos de la Criminología inicial hasta los más sofisticados argumentos de la teoría del «labeling approach» pasando por soluciones intermedias multifactoriales, eraccionistas y otras más o menos eclécticas, existe un amplio panorama de opiniones y opciones científicas que hacen de la Criminología una de las ciencias más pluralistas de cuantas existen (para una información sobre los distintos planteamientos criminológicos.

¿Es el delito o la conducta desviada producto de factores etiológicos de diverso tipo (biológicos, psicológicos, sociales) como pretende la Criminología etiológica; es consecuencia de la interacción personal como dicen las teorías interaccionistas; o simplemente el resultado de una atribución que hacen los distintos órganos de control social como sostiene la teoría del labeling approach?

Probablemente en cada uno de estos planteamientos hay puntos de vista correctos y desacertados, y su aceptación o rechazo, su éxito o su fracaso en la Administración de Justicia penal dependen de la valoración que ésta hace de los conocimientos empíricos que se le brindan. Así, por ejemplo, no cabe duda de que datos como el desempleo, condiciones de vida, drogodependencia, etc., pueden ilustrar al legislador, a los tribunales y a los funcionarios de prisiones sobre las consecuencias y efectos de las decisiones que deben tomar. Pero estos datos no pueden generalizarse y elevarse a la categoría de dogma absoluto que de algún modo predetermina la génesis de la delincuencia, olvidando el contacto y la interacción entre las personas tanto respecto al nacimiento o modificación de la conducta desviada, como del etiquetamiento de la misma

Precisamente esto último es lo que lleva a la teoría del labeling approach a centrar su atención en el proceso mismo a través del cual una conducta se define como desviada y, en última instancia, como criminal. Y como la llamada «cifra oscura» demuestra, rápidamente surge la sospecha de que la Administración de Justicia tanto en la persecución, como en la sanción de los comportamientos criminales procede selectivamente, es decir, no protege por igual todos los bienes respecto a los cuales tienen igual interés todos los ciudadanos. Tampoco la ley penal es igual para todos, ni el status de criminal se aplica por igual a todos los sujetos. Por eso, algo tan aparentemente neutral y aséptico como la Estadística criminal, en sus distintas vertientes de Estadística

policial, judicial y penitenciaria, aparece así como algo más que un simple indicador matemático del volumen de la criminalidad, pues, al mismo tiempo es también un índice de las diferencias entre «Criminalidad real» y («Criminalidad oficialmente registrada») y, por tanto, una prueba de la ineficacia del Derecho penal o del valor simplemente simbólico de algunas normas penales.

LO ILÍCITO PENAL Y LO ILÍCITO ADMINISTRATIVO.

La distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, también llamado delito de policía aparece llena de dificultades, siendo cuestión que ha dividido a los penalistas. El delito de policía es consecuencia de la potestad sancionadora de la Administración, que se manifiesta en dos vertientes: la correctiva, dirigida a sancionar a los ciudadanos en su condición de administrados; y la disciplinaria, que se dirige a la imposición de sanciones a los sujetos vinculados a la administración por ciertos deberes o relaciones (funcionarios públicos; concesionarios de obras o servicios, etc.) cuando infrinjan alguno de esos deberes.

Una primera aproximación al tema debiera conducir a plantear su distinción radical, ya que el ilícito penal o delito se castiga en virtud del "ius puniendi" del Estado que administran en exclusiva los Tribunales, y los ilícitos administrativos pertenecen al área de la facultad sancionadora de la Administración, que, como toda la actividad administrativa está sometida al control de los Tribunales.

Sin embargo no faltan quienes defienden la unidad formal de todo el derecho sancionador y, por ello, que el delito de policía cae bajo las reglas generales del Derecho Penal. Otros han planteado, por el contrario, la existencia de una distinción ontológica o de esencia que encuentran ya en ser los ilícitos administrativos simples infracciones de desobediencia, sin contenido de antijuridicidad o capacidad de lesión para los bienes jurídicos; ya en constituir aquellas infracciones de meras normas tendentes a regular la actividad administrativa; ya por tener las normas penales un contenido ético-social relevante, lo que sería indiferente para el ilícito administrativo. En esta clase de distinción se fundamentaría la existencia de un Derecho Penal administrativo, caracterizado por no regir en él el principio de culpabilidad, sino por sancionarse el hecho por la ejecución objetiva de la infracción.

Estas diferencias no son, sin embargo, tan nítidas como pretenden sus difusores, máxime en ordenamientos como el nuestro que incluye, entre las llamadas faltas ilícitas penales de contenido análogo a los delitos de policía (faltas contra los intereses generales). Igualmente repudiable, tras la Constitución, es el plantear la responsabilidad objetiva en el terreno de los ilícitos administrativos.

Por ello, la posición que ha prosperado y sigue gran parte de la doctrina italiana y española es la de establecer la distinción en base a la especial naturaleza de la sanción que se utiliza en uno y otro orden sancionador. La pena es la sanción propia del Derecho Penal y ha de reunir las condiciones de ser sólo imponible por un Juez y a través de un proceso con garantías de carácter jurisdiccional. El mal llamado Derecho Penal administrativo, no puede imponer penas, sino sanciones de otro carácter. Y aunque esa distinción se difumina desde el punto de vista material en ciertos Derechos comparados y aún en nuestro ordenamiento preconstitucional, en el que la Administración podía imponer sanciones del mismo contenido que las penas de multa y aun que las privativas de libertad, tras la Constitución, al prohibir su art. 25.3 el que la Administración imponga sanciones que directa o indirectamente impliquen privación de libertades, se produce entre los dos ordenamientos sancionadores, el penal y el administrativo, una diferencia sustancial que imposibilita toda pretensión de establecer la tesis de su unidad.

La concurrencia de esos dos derechos sancionadores puede provocar supuestos de duplicidad de sanciones que recaigan sobre un mismo hecho. Duplicidad que proscribe el principio "non bis in idem"; que nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado como de carácter fundamental e inferible de los principios de legalidad y tipicidad. Principio que impide que un hecho ya sancionado lo sea nuevamente por otra autoridad o en un procedimiento distinto.

ESTRUCTURA Y FUNCION DE LAS NORMAS PENALES

1. ESTRUCTURA INTERNA DE LA NORMA PENAL

Importa ante todo resaltar que la norma penal es naturalmente una norma jurídica. Norma, en general, es toda regla o precepto que oriente

y discipline las conductas humanas, la norma jurídica, y la norma penal, cumplen esa misma función, pero reforzando su poder de orientar y disciplinar mediante una coacción en forma de amenaza de sanción para el que infrinja la norma, sanción que, tratándose de normas penales, constituye la pena. Ese carácter de obligatoriedad, es el que diferencia a las normas jurídicas de las que no lo son, como es el caso de las normas morales.

Teniendo pues en cuenta estas observaciones, examinaremos las diferentes soluciones propuestas sobre el significado de la norma penal.

Los tipos jurídico-penales recogen conductas humanas determinadas, al menos en principio, las cuales se conminan con una pena por ser contrarias a la norma. Así, el tipo es expresión de la norma, pero él solo no es la norma misma; lo cual no impide que extraigamos el contenido de la norma a partir de la proposición típica mediante un procedimiento de abstracción. Como quiera que el tipo expresa una conducta contraria a la norma, cabe inferir, cuál es la conducta que la norma impone o valora positivamente. Por ejemplo, si el artículo 138 CP español castiga al que matare a otro, la norma de la que ese tipo deriva dispone la obligación de respetar la vida ajena. Este planteamiento, a primera vista sencillo, no lo es tanto con relación a algunos tipos que, o bien no permiten inferir con claridad cuál es el bien jurídico (contenido sustancial de la norma) que protegen o bien necesitan ser complementados por el Juez. Al segundo grupo de casos pertenece, por ejemplo, la categoría de delitos de omisión impropia en los que el Juez debe, en cierto modo, construir el total contenido del tipo con ayuda de criterios como el de la posición de garante ostentada por el sujeto así como los delitos culposos en los que debe acudir a la idea de infracción de la norma de cuidado, cuyos exactos contornos han de ser delimitados por el Juez en cada caso. Lo cual puede parecer fuente de inseguridad al no estar terminantemente expresado cuál es el comportamiento contrario a la norma.

De diferente carácter es el primer grupo de los delitos señalados, que ofrecen dificultades para determinar el contenido de la norma; así, por ejemplo, en el delito de hurto y otros muchos patrimoniales; respecto a estas infracciones, no reina acuerdo doctrinal sobre cuál es el bien jurídico protegido y la naturaleza exacta de los mismos: si del tipo de

hurto no puede inferirse claramente si se protege la propiedad, la posesión lícita o la mera tenencia, del mismo modo será problemático averiguar qué conducta impone la norma y cuál está en virtud de ella desvalorada y merece ser tenida por delictiva. Pero, en todo caso, estas dificultades no pueden considerarse insalvables, y su importancia es de segundo orden respecto al problema que ahora nos ocupa; y puede seguir sosteniéndose que el tipo deriva de la norma y que, por consiguiente, la norma puede averiguarse por inducción a partir del tipo.

La «total» norma penal no está simplemente constituida por el binomio tipo/pena. La estructura es, por el contrario, otra: regla superior («norma» en sentido estricto), cuyo carácter después estudiaremos; conducta que contraria esa regla superior (tipo) -según que la norma desvalore el actuar o el omitir determinado comportamiento, el tipo se configurará como de acción o de omisión-; sanción que se conmina, y que en su caso se impondrá al autor de la conducta típica (la pena). Este último elemento de la ley penal es el que proporciona fuerza coactiva y, en concreto, carácter jurídico-penal a la norma.

No han faltado autores que hayan sostenido que el objeto del estudio del penalista debe limitarse a las cuestiones que conciernen al fundamento y presupuestos de la imposición de la pena, no perteneciendo a su misión el análisis de los principios o valoraciones de las que el tipo derive. Mas, el conocimiento de la estructura interna de las normas es imprescindible, pues afecta a cuestiones nucleares para todo el sistema, como es, por ejemplo, la teoría de la antijuridicidad, habida cuenta de que, aun cuando de la norma derive el tipo, puede haber conductas típicas externamente que no contraríen en cambio a la norma; por ejemplo: matar en legítima defensa es aparentemente un acto típico, pero no es contrario a la norma, pues ésta no prohíbe matar en situaciones justificadas y excepcionales de autodefensa; a este mismo supuesto se da diferente solución por algunos autores, que entienden que la muerte producida en legítima defensa es también antinormativa pero no antijurídica, pues está justificada en el ámbito superior del Ordenamiento entendido como conjunto.

2. CONTENIDO Y SIGNIFICADO DE LA NORMA

Interesa ahora decidir cuál es el contenido y significado de la norma. Dejando a un lado antiguas polémicas doctrinales que alargarían innecesariamente la exposición de este punto, podemos decir que la

actual discusión sobre el sentido de la norma gira en torno a si la misma es sólo una regla objetiva de valoración (teorías valorativistas), o si es, por el contrario, exclusivamente una regla de determinación (teorías imperativistas) o si es, por último, conjuntamente -en proporción variable- norma de valoración objetiva de las conductas y mandato destinado a determinar la conducta.

2.1. La norma como regla de determinación.

La tesis que considera la norma como regla de determinación o imperativo tiene su origen científico en una concepción voluntarista del Derecho, apreciable en antiguos pensadores, como ALFONSO DE CASTRO Y, más tarde, en los representantes de la Escuela Racionalista del Derecho Natural. En el pensamiento dogmático penal la tesis fue defendida por THON Y VON FERNECK, y, con especial rigor, por BINDING. Para esta corriente de pensamiento, el Derecho no es más que un conjunto de imperativos, destinado a plegar la voluntad de quien a ellos se resista (VON FERNECK).

La aparente claridad de esta tesis, pues resulta sencillo concebir la norma como un mandato, puede explicar la adhesión que encontró en su momento.

Pero son muchas las críticas que pueden formularse a la concepción imperativista de la norma.

En primer lugar, la idea de norma entendida como imperativo, supone lógicamente la presencia de una voluntad creadora de ese imperativo. El carácter imperativo (generación de mandato) del fenómeno normativo resulta muy discutible. Respecto a muchas normas jurídicas es difícil dilucidar dónde se encuentra esa voluntad imperativa; tal ocurre, por ejemplo, con la costumbre, que en muchos ordenamientos es fuente de derecho, y desde luego sería arriesgado hablar de voluntad que crea el imperativo con referencia al derecho consuetudinario (Díez Picazo); pero hasta las mismas normas de derecho positivo, legislado, son fruto de la actividad de órganos que, como acontece con el Parlamento o las Cortes, se constituyen sobre el principio de concurrencia de una pluralidad de voluntades, siendo la norma fruto de la discusión, votación, etc. ¿Cómo puede hablarse en estos casos de una voluntad imperativa si no es acudiendo a una ficción?

Pero, las críticas más profundas no se instrumentan sobre el dudoso origen del imperativo, sino sobre las consecuencias que tiene el concebir el Derecho como conjunto de mandatos. Si ese es el único contenido resulta imprescindible que los destinatarios del imperativo conozcan el contenido del mismo, como consecuencia de la férrea y exclusiva subjetivización de la norma respecto al súbdito. Y la realidad nos dice que no sucede así.

Si el injusto sólo pudiera determinarse por infracción del imperativo, no hay manera de explicar por qué es injusto el comportamiento de aquellos que, como los niños o los incapaces, no pueden conocer ni seguir el mandato, pues el mandato subjetivo no puede dirigirse a quien no pueda captarlo y entenderlo, y, en virtud de ello, los actos de esos sujetos no deberán ser reputados contrarios a la norma.

Queda menospreciado el evidente contenido objetivo de las normas. Mediante ellas se establece la protección de ciertos bienes jurídicos -objeto sustancial de las normas-; el acto lesivo a esos bienes jurídicos es desaprobado por el ordenamiento. El valor que el Derecho concede a un bien o interés determinado no se manifiesta solamente en el momento de no vulnerarlo, sino también en la forma e intensidad con que la norma lo protege.

Contemplado el problema desde otro ángulo, resulta que, si la esencia del injusto se coloca en la infracción del imperativo, queda en segundo plano la idea de agresión a un bien jurídico, y con ello se desprecia el principio de ofensividad a los bienes jurídicos. Y, si se prescinde de la concepción del delito como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, prefiriéndose entenderlo como simple infracción de deber, quedamos abocados a los peligros de un sistema puramente autoritario, peligros éstos que inciden fundamentalmente en los derechos del individuo.

Ahora bien, aun siendo rechazable el postulado básico del imperativismo, no puede negarse que aporta algo al problema que nos ocupa: llama la atención sobre la importancia que para la determinación del injusto tiene la voluntad del sujeto. Lo cual no equivale en absoluto a que el injusto sólo se decida porque el autor infrinja una norma de determinación. Como después veremos, la dirección de voluntad se

combinará con el principio de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; pero, esa lesión sólo existirá para el Derecho, frecuentemente, cuando la voluntad del individuo se haya además orientado hacia ella.

2.2. La norma como juicio objetivo de valoración.

Para los defensores de la tesis de que las normas tienen exclusivo carácter de normas de valoración, es evidente que el Derecho es .«ordenación objetiva de la vida»; y sus normas, «normas objetivas de valoración»; la antijuridicidad, por consiguiente, de naturaleza objetiva, será infracción de las normas de derecho así entendidas. Estando la norma integrada por un juicio objetivo de valoración, puede proyectarse a todos los comportamientos antinormativos tanto conductas de imputables como de inimputables; que el acto de estos últimos pueda ser considerado injusto es algo que se logra gracias a la naturaleza objetiva de la antijuridicidad, derivada del carácter objetivo del juicio que la norma encierra.

MEZGER, destacado representante de la anterior postura, decía a renglón seguido que de las normas objetivas de valoración «se deducen» normas subjetivas de determinación que no afectan al injusto (juicio sobre el acto), pues éste sólo depende de la infracción de la norma objetiva de valoración, sino a la culpabilidad (juicio sobre el sujeto), que resulta de este modo de naturaleza preponderantemente subjetiva. Esto último resulta lo más discutible de la teoría, es decir que en el ámbito de la norma haya normas subjetivas de determinación, pero cuya infracción no sea «antinormativa» y no tenga transcendencia para el injusto. Además, si la antijuridicidad surge de la contrariedad entre el hecho y el ordenamiento jurídico y la culpabilidad, en sentido normativo, es un juicio sobre el autor, parecería lógico que todo aquello que se refiere a la norma, sea de índole objetiva o subjetiva, sirva para calificar al hecho como injusto. El caso límite se produce cuando un determinado tipo es portador de uno de los llamados elementos subjetivos del injusto. Por ejemplo, el delito de hurto que requiere un ánimo de lucro; en tales supuestos resulta que la norma se compondrá de un juicio objetivo de valoración y de una regla de determinación -el autor del tipo se comportará en contra de esa regla subjetiva-, y además habrá otras reglas secundarias de determinación útiles para configurar la antijuridicidad. El planteamiento no es, desde luego, sencillo; pero, si nos aferramos a una concepción de la norma como juicio

de valoración objetivo exclusivamente, será difícil encajar todos los casos en los que puede demostrarse ex lege que el injusto depende de la dirección de voluntad del autor.

2.3. Posición ecléctica.

Hay que reconsiderar pues la cuestión desde un principio. Es cierto que la norma penal consagra la protección de bienes jurídicos. La lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, objeto sustancial de la norma, es por ello antinormativa; tal afirmación comporta indudablemente un juicio objetivo de valoración. Así, en principio, el menoscabo injustificado de la integridad física, por ejemplo, es siempre contrario a la norma, con independencia de la condiciones de la persona autora del ataque.

Pero, en seguida comprobaremos que, en multitud de casos, el injusto no puede decidirse con arreglo a ese mero juicio objetivo. Y no se tratará de un problema de relación regla-excepción, como se creyó en el primer desarrollo de la teoría de los elementos subjetivos del injusto. En este sentido, se constata que no es permisible en forma alguna prescindir del juicio subjetivo en la determinación de lo que se opone a la norma.

1) En primer lugar, veamos algunos exponentes de la ineludible necesidad de que la voluntad del agente juegue en la determinación del injusto.

a) Ante todo, aparecen los elementos subjetivos del injusto. La abundancia de los mismos en los textos penales se acomoda difícilmente a la idea de que solamente sean excepciones a la regla general de que el injusto se decide con arreglo a un juicio objetivo. Un elemento subjetivo del injusto puede determinar dos órdenes de efectos: que un ilícito no penal pase a ser ilícito penal, y que un acto indiferente al Derecho en general pase a ser directamente delito por obra de ellos. Ejemplo del primer caso lo ofrece el delito de alzamiento de bienes: el propósito de perjudicar a los acreedores hace que lo que solamente hubiera sido un incumplimiento civil de obligaciones pase a ser constitutivo de delito. Del segundo supuesto es muestra el delito de falsedad documental lo que transforma a una mentira en falsedad es la

orientación a alterar la prueba de un hecho o relación jurídica. Este último caso deviene de importancia decisiva para nuestro tema: el bien jurídico protegido, el tráfico fiduciario, sólo se puede ofender en función de la dirección de la voluntad del autor; es exclusivamente de esa circunstancia de dónde puede surgir lo injusto, que, evidentemente, sería difícil de enunciar a partir de un mero juicio objetivo integrador de la norma. Cuestión distinta, que no afecta a la crítica que ahora nos ocupa, es que pueda decirse que el propósito del agente -factor subjetivo- queda «objetivizado» en la consideración del Juez, pues éste hará una valoración objetiva de un objeto (la conducta humana) en el que interviene una componente subjetiva; no hay que confundir, por consiguiente, el carácter objetivo de la valoración con las características del objeto «valorado»: y es a este último al que se refiere la norma.

b) Los elementos subjetivos de justificación o dicho de otro modo, la componente subjetiva de las causas de justificación, constituye otro exponente de que la dirección de la voluntad se integra en la norma. Ello puede reflejarse de dos formas: cuando la voluntad se adecua a la norma y cuando, por el contrario, se muestra opuesta a la misma.

Un ejemplo útil lo ofrece la eximente de estado de necesidad; para su apreciación se requiere que el agente obre «impulsado» en un estado de necesidad. La existencia de esa situación depende de elementos externos y también internos o personales (fuerza, inteligencia, valor). En virtud de ello, si se salva un bien de valor superior al que se vulnera (supuesto del llamado estado de necesidad justificante), pero aquel concreto sujeto no sentía subjetivamente tal estado de necesidad, la destrucción del bien jurídico de inferior valor no será adecuada a derecho. Vemos entonces que, aun dándose una situación «objetivamente» adecuada para el estado de necesidad, según los requisitos de esta circunstancia eximente, basta con que el sujeto no obre impulsado por esa situación para que desaparezca la justificación de la conducta.

2) En segundo lugar, el Código Penal decide, en determinados supuestos, considerar injusta una acción aun cuando en realidad no haya lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo pronóstico de peligro para bienes jurídicos determinado por el propósito del agente. El fundamento del injusto se encuentra entonces en la voluntad antinormativa del autor. Así ocurre, por ejemplo, en la conspiración para

delinquir en la tentativa.

En la tentativa la contrariedad a la norma se decide por la finalidad del autor. No cabe afirmar que se trata sólo de una puesta en peligro del bien jurídico que el delito, de consumarse, hubiera vulnerado. Si la dirección de la voluntad fundamenta en parte el injusto en la tentativa, ¿por qué deja de interesar, a ese efecto, cuando se trata de un delito consumado? Los partidarios del entendimiento de la norma como exclusivo juicio objetivo de valoración, siguiendo su planteamiento de partida, no podrían explicar la «antinormatividad» (antijuridicidad) en la tentativa (delito intentado).

3) Problema diferente lo constituye el actuar del inimputable, argumento favorito de los que niegan que en la norma puede haber una regla de determinación. Ese sector doctrinal sostiene que el niño o el enfermo mental actúan injustamente (en contra de la norma), aunque no puedan orientar su voluntad ni en contra ni a favor de la norma, pues ésta no se dirige a él, no pretende determinar su voluntad, ya que sería inútil que lo hiciera. Y, pese a ello, hay una infracción de la norma en cuanto juicio objetivo de valoración.

Hay que diferenciar «la posibilidad de una voluntad que actúe contra la norma» de la “capacidad para apreciar el valor ético y jurídico de las disposiciones normativas”. No puede negarse a priori que el inimputable sea «incapaz de voluntad»: no cabe confundir esa capacidad con la «capacidad jurídica de obrar libremente», de la cual carece. Indudablemente, el sujeto inimputable puede querer matar, violar, robar, etc., y en su virtud la norma que prohíbe la realización de esas conductas se dirige también a él.

A ello se puede añadir que la condición penal de inimputable -aunque eso es un problema de otra dimensión que en su lugar abordaremos-, puede radicarse de sujetos afectados de enfermedades mentales plenamente compatibles con una suficiente apreciación intelectual del sentido o significado que lo que van a hacer tiene para los demás.

Yendo a la excepción que admiten los autores partidarios de considerar norma como simple juicio objetivo de valoración, esto es, la constituida por los elementos subjetivos del injusto, sería forzoso reconocer que el inimputable no puede nunca realizar un tipo portador de uno de tales

elementos, pues, según se dice, la norma no se dirige a él pues carece de voluntad para erigirse en contra de un mandato normativo o a favor del mismo: si se afirma que el actuar del inimputable es caso límite que prueba que la norma lo puede entenderse como juicio objetivo de valoración, habrá que mantener tal consideración del inimputable hasta sus últimas consecuencias. Pero, esa conclusión contraría la realidad de las cosas, pues el enfermo mental, por ejemplo, puede tener ánimo lúbrico, o actuar «de propósito» con ánimo de lucro. En consecuencia, en aras a la coherencia, habría que concluir que el enfermo mental que agrede sexualmente a otra persona si se admite que ese delito tiene una componente subjetiva como entiende la doctrina mayoritaria- lleva a cabo una conducta atípica y, en tal caso, no se le podría ni siquiera someter a medidas de seguridad, las cuales presuponen la existencia previa de un hecho delictivo.

Necesariamente, como se comprende fácilmente, el planteamiento ha de ser otro. Es indudable que en una contemplación parcial, la norma encierra una regla objetiva de valoración, cuyo contenido sustancial es desvalorar los ataques a determinados bienes jurídicos. Pero, tampoco puede negarse que la norma persigue orientar la voluntad de los sujetos en un sentido determinado, y que, si esa voluntad se dirige a metas acordes o discordes con la norma, tal fenómeno no puede en forma alguna reputarse indiferente; la lesión de un bien jurídico se produce, no sólo por su objetivo menoscabo -criterio válido en el Derecho en general pero insuficiente en el Derecho Penal- sino porque la voluntad del sujeto, con independencia de que esa voluntad pertenezca o no a un individuo capaz de valorar su conducta, ha querido ese menoscabo.

En virtud de ello, puede admitirse que la norma se dirige a todos. Pero el incumplimiento de la misma sólo les será reprochado (juicio de culpabilidad) a aquellos que estuviesen en condiciones de comprenderla y acatarla; la norma pretende motivar los comportamientos de los ciudadanos en un sentido favorable al Derecho. La capacidad de la norma para orientar la voluntad de las personas se traducirá en los contornos o limitaciones de la función motivadora del tipo penal problemática en la que no procede detenernos aquí. Si la norma no puede, por sus características personales, motivar favorablemente a ciertos de sus destinatarios, eso tendrá sus consecuencias en el juicio que se emita sobre el autor, lo cual no puede implicar a las condiciones que determinan la existencia del hecho o acto injusto: la norma permite

juzgar la relación entre el hecho de un autor determinado y el ordenamiento jurídico; que a un concreto sujeto le sea o no, posteriormente, exigible una conducta adecuada a la misma, es cuestión que afecta a la materia de la culpabilidad, por lo cual no procede tratar en este lugar.

En conclusión, la norma opera a la vez como un juicio de valor objetivo y como una regla o imperativo de determinación, orientado a los ciudadanos destinatarios de la ley. La infracción de la norma depende de la voluntad que ha guiado la acción y de la lesión objetiva realizada. Estos dos aspectos de la norma pueden estar proporcionados variablemente en las infracciones concretas, colocándose con mayor intensidad el acento en uno u otro aspecto. Según que se atienda a la infracción de la norma en su proyección como imperativo o a la violación de la misma como juicio objetivo, estaremos en presencia de un desvalor de acción o de un desvalor de resultado. Normalmente, el desvalor de acción debe ser un «prius» presupuesto lógico del de resultado; mas, puede ocurrir que una figura delictiva concreta se funde total o preponderantemente en uno u otro: la averiguación de cuál es el elemento preponderante corresponde al estudio de los delitos en particular.

3. LA TECNICA DE LA FORMULACION POSITIVA DE LAS NORMAS. LAS NORMAS PENALES EN BLANCO

Hasta aquí hemos estudiado la norma penal desde una consideración intrínseca, con el designio de esclarecer su doble sentido de regla de valoración y de determinación, así como su contenido sustancial: la protección de bienes jurídicos.

Decíamos también que la estructura exterior de la norma 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.

Pero la determinación de un comportamiento «antinormativo» (pues queda, como regla, excluida la posibilidad de que algún tipo exprese un comportamiento que no se oponga a norma alguna) no se manifiesta en todos los casos con la misma precisión. Ocurre que algunos tipos legales no indican en sí mismos la conducta contraria a la norma, sino que, mediante una fórmula de reenvío, remiten al intérprete a una disposición legal diferente de la ley penal; así resulta que ésta se limita aparentemente a establecer la sanción.

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.

Volviendo a la cuestión que nos ocupa, importa 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.

No obstante, 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.

Desde luego que el primer grupo de casos no admite más que la consideración de ley penal en blanco «impropia», por las razones que ya antes expusimos. La duda se centra en los otros supuestos. 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.

Indudablemente, los casos en que 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?

Pero el problema más importante que estas remisiones a leyes inferiores plantean es, a nuestro juicio, otro. Viene dado por la importancia que desde el punto de vista legislativo, e incluso de la seguridad jurídica, plantea esta técnica. Si la configuración total o última de una norma depende de la voluntad de la Administración, expresada en las disposiciones que de ella emanen, es lo cierto que se mengua el poder

en principio exclusivo que tiene el legislador para producir leyes penales. Y 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. Así pues, el precepto no penal podrá, a lo sumo, establecer cuál es la conducta que indiciariamente infringe la norma, a reserva de que en un segundo momento del enjuiciamiento la misma constituya delito a tenor de los presupuestos netamente penales. Por esa razón, en ningún caso puede entenderse que cuando el Juez penal se enfrente a una ley «en blanco» su misión queda reducida a aplicar el castigo, reduciendo así a nuestra ley a una misión meramente sancionadora de las infracciones a otras disposiciones el ordenamiento.

Volviendo a lo que nos ocupaba en un principio, podemos pues concluir con la afirmación de que no cabe sostener, a nuestro juicio, que los casos de la ley penal en blanco, en los que la descripción de la conducta típica esté confiada a una ley del mismo o superior rango a la penal, están exentos de problemas y se reducen a una mera cuestión técnica legislativa. Desde un punto de vista teórico, eso es indudablemente cierto

4. LA NECESIDAD TECNICA DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO Y SUS CONDICIONAMIENTOS CONSTITUCIONALES. PRECISIONES

EN TORNO A LAS TECNICAS DE TIPIFICACION.

El Derecho Penal en la actualidad debe afrontar la tutela de bienes jurídicos de nuevo cuño y de carácter complejo como el medio ambiente, el urbanismo o la ordenación del territorio, reglas de funcionamiento financiero y societario... La necesidad de la tutela penal en estos sectores ha surgido del avance tecnológico y de la propia evolución de los sistemas económicos y financieros.

En estos sectores la ley penal en blanco aparece como una técnica legislativa necesaria para la apertura del Derecho Penal a los distintos ámbitos de regulación, donde estos bienes jurídicos encuentran su «prima ratio» jurídica (derecho medioambiental, derecho urbanístico y de ordenación territorial, derecho de las sociedades mercantiles, etc.). En este sentido, puede indicarse que la ley penal en blanco constituye un mecanismo de integración o interrelación del Derecho Penal en los modelos institucionales de organización y control de determinados sectores complejos de actividad.

En estos nuevos ámbitos en los que ha irrumpido paulatinamente el Derecho Penal (delitos contra el medio ambiente, delitos societarios, delitos contra la ordenación del territorio), el rendimiento que ofrece el empleo de la técnica legal de los elementos descriptivos es muy limitado. El propio Tribunal Constitucional español, con respecto al delito ambiental (STC 127/1990 [RTC 1990, 127] y otras posteriores) ha reconocido que los elementos descriptivos, pese a constituir la técnica de tipificación que mejor satisface el principio de taxatividad y la seguridad jurídica en el ámbito jurídico-penal, se muestra como un recurso legislativo muy limitado, que no puede responder a las complejas necesidades que la incriminación típica de las agresiones a estos bienes jurídicos suscita. Por ello la tutela de bienes jurídicos de tipo social, económico o institucionales, obliga al legislador, cada vez con más profusión, a acudir al empleo de elementos normativos o a la técnica de las leyes penales en blanco.

Los elementos normativos (por ejemplo, el concepto de «secreto», el concepto de «vertido», el concepto de derecho de información o de suscripción preferente de acciones del socio reclaman, de forma implícita, para su interpretación un juicio valorativo de carácter normativo-social o jurídico, a diferencia de los elementos descriptivos

cuyo contenido y significado puede ser obtenido por medio de conceptos que proporciona la experiencia y el propio significado gramatical de los términos.

El recurso a los elementos normativos (ya sean de tipo normativo-social, por ejemplo el concepto de secreto, o de tipo normativo-jurídico por ejemplo el concepto de «vertido») debe ser sometido a una regla de cautela, según la cual debe procurarse la erradicación de los elementos normativos indeterminados, por su difícil identificación en la legislación extrapenal o bien en el contexto social.

A lo anterior cabe añadir que los elementos normativos de tipo jurídico comportan un reenvío implícito a la legislación extrapenal, que en ocasiones genera más problemas que el recurso directo a la técnica de la ley penal en blanco (reenvío directo y explícito).

A la vista de lo anterior, parecería que el recurso a las definiciones legales sería la técnica de triplicación que se acomodaría de forma más expeditiva a las exigencias del principio de taxatividad de los tipos penales en estos nuevos sectores de tutela penal. Pero esta técnica no se acomoda a las exigencias del principio de economía legislativa que informa la técnica codificadora, por ello el legislador debe hacer un uso dosificado de esta técnica de integración del Derecho Penal con la legislación extrapenal.

Las definiciones pueden ser útiles y adecuadas, cuando el legislador penal se halla en la necesidad de incluir nuevos conceptos que no tienen una clara acotación en las leyes extrapenales o que, aun siendo

definidos por las mismas, pueden dar lugar a la incertidumbre interpretativa.

En suma, la técnica definatoria puede ser un instrumento legislativo de integración del Derecho penal con otros sectores del Ordenamiento jurídico, que está en condiciones de garantizar reacciones punitivas uniformes y coherentes en evitación de arbitrariedades y de oscilaciones interpretativas, pero su empleo por parte del legislador penal es muy escaso.

A la vista de que el empleo de elementos descriptivos ofrece un escaso

rendimiento técnico en estas nuevas esferas delictivas, de que las definiciones entran en tensión con el principio de economía legislativa, y de que el recurso a los elementos normativos suscita múltiples peligros para la taxatividad y la interpretación uniforme de los tipos penales, la técnica de la ley penal en blanco puede constituir la mejor técnica de integración del Derecho Penal con los modelos legales extrapenales (por ejemplo con respecto de la tutela del medio ambiente). configurados a medio de elementos normativos o cláusulas indeterminadas.

La técnica de la ley penal en blanco, como ha quedado expuesto en epígrafes anteriores, ha sido sometida a duras críticas y objeciones desde las garantías del principio de legalidad. 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 español (Sentencias 127/1990 [RTC 1990, 127] y 62/1994 [RTC 1994, 62]), 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).
- 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. Por consiguiente, no se trata de un remisión formal, en el sentido de que no toda la legislación extrapenal de un determinado sector de actividad está en condiciones de aportar cualitativamente algo al desvalor material de la conducta típica.

En este contexto interpretativo, la técnica de la ley penal en blanco puede acabar por fortalecer la seguridad jurídica y constituir un instrumento adecuado de integración del Derecho Penal en los distintos ámbitos de la legislación extrapenal. No obstante, el propio contenido de la legislación extrapenal, en ocasiones, puede diluir el pretendido efecto asegurador, bien por la dispersión legislativa, bien por el empleo de cláusulas abiertas e indeterminadas, factores todos ellos que no harán más que poner de manifiesto la falta de articulación normativa entre los diversos instrumentos de tutela en un determinado sector de actividad.

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 hombre, 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 mas 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 etico kantiana.

KANT entendió que el Derecho, a pesar de tener un contenido moral, debe ser diferenciado de planteamientos eminentemente religiosos. La moral circumscripita 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 critica 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 antitesis), 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 Ancien 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 pudo 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 inoctrinación 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 más que distintos episodios del complejo fenómeno de la pena, desde principios del siglo XX aparecieron dos posturas eclécticas, donde cada una 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 límite 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 pacifico 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 limite 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 prohibitum, 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 jurídico 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 reparatoras, 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, proscribía 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, afectarían 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 inocuidad.

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.

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 naturista 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 mas 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 prejuridico 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 más 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 accesoriedad, 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 necesidad 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 de 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

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

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 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

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

(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).

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 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) Estrechadas 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 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.

(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 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, *ibidem*.

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».

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 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; c) realización de las diversas acciones en unas coordinadas 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.

⁽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).

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, 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

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

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 «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

⁽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 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).

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 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 presentársele 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

⁽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).

⁽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

(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:

[...] 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

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).

(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).

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 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)

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

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 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

⁽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*, ob. cit., pág. 668.

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 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

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

⁽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).

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, 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

⁽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).

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

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, 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:

⁽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).

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

[...] 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.

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

(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).

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 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.

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 entienda 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 su 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 vinculo 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 mato. 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 esta 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 legitima 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 esta siendo objeto de una agresión ilegítima y por lo tanto que esta actuando en legitima 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 esta 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.

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 culpable, 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 poder 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 explícitamente 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. Como 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 reponsabilidad 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 acarrearán 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 término 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

TEMA I. LA ANTIJURICIDAD

SUMARIO

- A. La antijuricidad como reprobación normativa global del comportamiento típico.*
- B. Estudio del juicio de reproche.*
- C. Desvalor del acto y desvalor del resultado.*
- D. Delito formal, delito de peligro y delito de resultado.*
- E. Estudio de las causas de justificación:*
 - 1. Legítima defensa.*
 - 2. Ejercicio de derecho y cumplimiento de un deber.*
 - 3. Estado de necesidad.*
- F. Referencia complementaria al análisis sociológico.*

A) La antijuricidad como reprobación normativa global del comportamiento típico.

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 inmoral que se repunte si la ley no lo considera como delictuoso no será antijurídico.

Esta presunción de que lo típico es antijurídico, sin embargo puede ser desvirtuada cuando concurren las causas de justificación.

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 halle 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, pues 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.

B) 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 si 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

C) 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.

D) 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, entendiendo 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 o sea, 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).

E) 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:

a. 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 concurren 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 por separado las causas de justificación legalmente establecidas.

2. 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 impedir la o

repelerla. 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 repelerla 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 apreciarse 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.

b) Jurisprudencia

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 accesoria 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)

3. 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 concurran 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”

a Doctrina

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)

4. **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.”

a. Doctrina

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 valor⁴¹.

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

⁴¹ 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.

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 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 suponen 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)

5. 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 concurren 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 la circunstancia respectiva, hubiera apreciado esa vulneración con independencia de cuales pudieran ser las creencias del funcionario individual y concreto.

F) 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.

TEMA II LA IMPUTABILIDAD

SUMARIO

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

B. Las causas de exclusión o limitación:

1. Mayoría de edad

2. Trastorno mental transitorio (especialmente en drogas de abuso)

C. Referencia complementaria a la Medicina Legal, Psicología y Criminología.

D. El reproche culpabilístico.

E. El delito doloso y el delito culposo. Sus clases.

A. 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.

B) 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 veintidós 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.

2.-Trastorno mental transitorio (especialmente en drogas de abuso).

a. Doctrina

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.

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.

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 supuesto 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)

2) 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.

B) 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 cuál 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 delincuente, 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 delincuentes, también puede prestar un valioso servicio al Derecho penal en el campo de la capacidad de culpabilidad.

B. 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 judicativa - 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

C. 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.

1. El delito doloso. Sus clases

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.

Elemento intelectual. Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber que es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción típica. Es decir, ha de saber, por ejemplo, en el homicidio, que mata a otra persona; en el robo, que se apodera de una cosa mueble ajena.

Elemento volitivo. Pero para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos. Cuando el atracador mata al cajero para apoderarse del dinero, probablemente no desea su muerte, pero a pesar de ello quiere producir la muerte en la medida en que no tiene otro camino para apoderarse del dinero.

Según que sea mayor o menor la intensidad de elementos intelectual o del volitivo, se distingue entre dos clases de dolo: dolo directo y dolo eventual y, dentro del primero se distingue entre dolo de primer grado y de segundo grado.

Dolo directo. En el dolo directo el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de mera actividad): el autor quería matar y mata, quería dañar y rompe la cosa, etc. En estos casos se habla de dolo directo de primer grado.

Dentro del dolo directo se incluyen también los casos en los que el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende. No basta en este caso con que prevea la consecuencia accesoria, es preciso que, previéndola como de necesaria producción, la incluya en su voluntad. Se habla en este caso de dolo directo de segundo grado. Normalmente se pueden incluir en esta forma de dolo los atentados terroristas en los que mueren varias personas además del destinatario del atentado, o en los atentados indiscriminados (bomba en unos grandes almacenes) las muertes que puedan producirse, aunque el sujeto no sepa a priori el número de muertes que puede ocasionar un atentado.

Dolo eventual. Con la categoría del dolo directo no se pueden abarcar todos los casos en los que el resultado producido debe imputarse a título de dolo, aunque el querer del sujeto no esté referido directamente a ese resultado. Se habla aquí de dolo eventual. En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización. El sujeto no quiere el resultado pero "cuenta con él", "admite su producción", "acepta el riesgo", etc. El dolo eventual constituye la frontera entre el dolo y la culpa, sobre todo, dentro de ésta última, la culpa consciente.

Para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente se atiende tanto a la probabilidad del resultado, en el sentido de que el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, como la voluntad o el consentimiento de su producción: "aún cuando fuere segura su producción actuaría".

2. El delito culposo. Sus clases

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 culposos.

TEMA III. LA PENA

SUMARIO

- A. La punibilidad.*
- B. La pena.*
- C. Sistema de penas.*
- D. Ejercicios de fijación de la pena por los Tribunales de Sentencia.*

A. 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 estudiaremos por separado

1. 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 Cp⁴²)

⁴² 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.

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

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 Cp⁴³)
- ◆ La necesidad de querrela en los delitos contra el honor (artículo 166 Cp⁴⁴)
- ◆ La necesidad de querrela en el delito de incesto (artículo 176 Cp⁴⁵)

⁴³ 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."

44

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.

⁴⁵ Artículo 176.- El acceso carnal entre ascendientes y descendientes o entre hermanos será sancionado con reclusión de tres (3) a seis (6) años.

2.- 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 Cp⁴⁶)
- ◆ La retractación pública o la explicación satisfactoria, en los términos legalmente establecidos en los casos de injuria, calumnia o difamación (artículo 163 Cp⁴⁷)

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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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.

- ◆ 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 Cp⁴⁸)
- ◆ Los actos de mera ejecución por rebeldes o sediciosos que no fueren empleados públicos cuando se disolvieran o se sometieren a la intimación de la autoridad (artículo 339 Cp⁴⁹)

B. 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.

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.

⁴⁸ Artículo 264. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

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.

⁴⁹ Artículo 339. Cuando los rebeldes o sediciosos se disolvieran o se sometieren 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.

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 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, 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”.

C. 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 comiso⁵⁰.

Hay que tener en cuenta que no se reputarán como penas ⁵¹:

- ◆ 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.

⁵⁰ Artículo 38 del Código penal de Honduras.

⁵¹ Artículo 59 del Código penal de Honduras.

1.- 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 proscribire las penas crueles, inhumanas o degradantes, y el artículo 97, establece que nadie podrá ser condenado a penas perpetuas, infamantes proscriptivas o confiscatorias.

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 penitenciario⁵².

⁵² Artículo 39 del Código penal de Honduras.

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 establecimiento⁵³

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 ⁵⁴.

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 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 ⁵⁵:

- ◆ 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.

⁵³ Artículo 47 del Código penal de Honduras.

⁵⁴ Artículo 42 del Código penal de Honduras.

⁵⁵ Artículo 48 del Código penal de Honduras.

- ◆ 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 ⁵⁶:

- ◆ 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 ⁵⁷.

d) Penas patrimoniales

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 ⁵⁸.

⁵⁶ Artículo 49 del Código penal de Honduras.

⁵⁷ Artículo 54 del Código penal de Honduras.

⁵⁸ Artículo 51 del Código penal de Honduras.

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 años⁵⁹.

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 hecho⁶⁰.

2.- Por razón de su accesoriad

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.

El Código penal de Honduras sigue esta clasificación en su normativa⁶¹:

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.

⁵⁹ Artículo 53 del Código penal de Honduras.

⁶⁰ Artículo 55 del Código penal de Honduras.

⁶¹ Artículo 38 del Código penal de Honduras.

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 civil⁶², mientras que cuando no exceda de estos cinco años llevará como accesorias la inhabilitación especial y la interdicción civil, asimismo⁶³.

El comiso se aplicará en la sentencia condenatoria siempre que sea aplicable⁶⁴.

3.- 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 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.

4.- 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 años⁶⁵.

⁶² Artículo 62 del Código penal de Honduras.

⁶³ Artículo 63 del Código penal de Honduras.

⁶⁴ Artículo 64 del Código penal de Honduras.

⁶⁵ Artículo 61 del Código penal de Honduras.

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.

D. 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 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 ⁶⁶.

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 extensión⁶⁷.

⁶⁶ 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”.

⁶⁷ 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.”

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 trascendencia 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 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 mi juicio, 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

Habría 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 impunes⁶⁸.

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 impune⁶⁹.

⁶⁸ Artículo 394, 2 del Código penal de Honduras.

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 a imponer en el caso de que concurran 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 consumado⁷⁰. 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

⁶⁹ Artículo 394, 3 del Código penal de Honduras.

⁷⁰ 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".

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”.

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 conexidad⁷¹.

En este caso, el código penal dispone⁷² 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 años⁷³.

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:

⁷¹ Ver artículo 68 del Código procesal penal

⁷² Artículo 35 del Código penal

⁷³ Artículo 35 del Código penal y 97 de la Constitución

- ◆ 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
- ◆ 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 alto⁷⁴.

3) Determinación del incremento de una cuarta parte de la pena prevista para la infracción más grave. Esta operación no entraña 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 concurrentes*⁷⁵". 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

⁷⁴ Artículo 37 Cp, 2º párrafo, última parte y 4º párrafo

⁷⁵ Artículo 37 Cp, párrafos 3º y 4º

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.
- 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 tercios⁷⁶.

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.

TEMA IV. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

SUMARIO

- A. Las medidas de seguridad.*
- B. La peligrosidad criminal y la peligrosidad social.*
- C. Penas y medidas de seguridad.*
- D. Su imposición por los Tribunales de Sentencia.*
- E. 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 aflictivo⁷⁷.
- ◆ Sólo deben de aplicarse como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo que revele la peligrosidad de su autor y ser, por tanto, postdelictuales⁷⁸.
- ◆ 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 individuales⁷⁹.

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.

⁷⁷ 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.”*

⁷⁸ 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”*

⁷⁹ 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...”*

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 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 n^o

1. Del Código Penal

En el primer caso, cuando concurra 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 menos⁸⁰.

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 especial⁸¹.

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 siquiátrica.

⁸⁰ Artículo 84 del Código penal

⁸¹ Artículo 85 del Código penal

- 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) Caucción de buena conducta.
- 8) Expulsión de extranjeros.

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 lugares⁸².

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 carácter⁸³. 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

⁸² Artículo 92 del Código penal

⁸³ Artículo 29 del Código penal

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 lugar⁸⁴.

En cuanto a la caución de conducta, se trata de una medida de seguridad de contenido económico y consiste en "La garantía personal, hipotecaria, pignoratícia 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"⁸⁵. 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 pignoratícia o hipotecaria a que se haya constituido"⁸⁶.

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 pena⁸⁷.

⁸⁴ Artículo 91 del Código penal

⁸⁵ Artículo 93, párrafo 1º del Código penal

⁸⁶ Artículo 93, párrafo 2º del Código penal

⁸⁷ Artículo 94 del Código penal

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".

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"⁸⁸.

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

⁸⁸ Artículo 89 del Código penal

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.

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 definatorial 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.

V. CASOS PRÁCTICOS

Casos prácticos referentes a causas de justificación y de inimputabilidad.

CASO PRÁCTICO Nº 1

“Primero.- Durante la noche del día 20 al 21 de mayo de 1996, en el bar “R.”, sito en la calle C., nº ..., de la localidad de Albalat de la Ribera, coincidieron dos grupos, de un lado, el que se ha venido llamando como de Alcira, que lo integraba: el procesado, David, mayor de edad y con antecedentes penales por diversos delitos, José, el menor Félix (hijo del anterior) y Escolástico, y de otro lado; el que se ha denominado como de Algemesí, que lo integraban: Antonio, Gabriel, Juan, Luis y Rafael. Encontrándose igualmente presentes, el camarero del local, Agustín, la propietaria, Silvia y, diferentes clientes, como Viriato y Aarón, entre otros.

Segundo.- Que en un momento dado se inicia una discusión entre los hermanos Antonio y Gabriel y el camarero, en la que media el procesado, por ser amigo de este último, lo que hace que aquellos se encaren de forma agresiva contra él, cruzándose gruesas palabras que hacen que acaben golpeándose mutuamente, llegando finalmente a intervenir los integrantes de ambos grupos, con excepción del menor que ante el cariz que tomaban los acontecimientos mandó su padre a su vehículo. Pelea durante la que se intercambian fuertes golpes, y que por la mediación de alguno de los integrantes del grupo finalmente se calmó, dirigiéndose todos hacia la calle, donde se encontraba el Policía Local, Isidro, mientras que el procesado, que fue quien llevó la peor parte, al dirigirse contra él la agresión, o al menos la mayor parte de los golpes, por indicación del camarero se dirigió a la cocina del establecimiento a lavarse, cerrando tras él la puerta con unos pestillos que disponía. Dicha cocina al margen de esa puerta, contaba con otra a través de la cual se accedía a la barra del local, de la que se sale, o bien saltando, o bien a través de la propia cocina, así como otra puerta, que da acceso a un semisótano de reducidas dimensiones que sirve de almacén.

Tercero.- Una vez en el exterior, Antonio comprobó que su hermano Gabriel se quejaba de un golpe, a la vez que vomitaba, por lo que muy exaltado entró nuevamente al establecimiento, a la vez que refiriéndose al procesado decía: "a ese lo mato yo", o expresiones de contenido similar, dirigiéndose, seguido de su hermano Gabriel y de Juan, hacia la cocina donde se hallaba aquél, y tras romper la puerta de una patada, o de un golpe semejante entraron al interior, mientras que el procesado armado de una navaja, que o bien portaba, o bien encontró en la cocina, trata de refugiarse, escondiéndose, en el referido almacén. Lugar donde fue encontrado por aquellos tres, quienes al unísono le agredieron, no sólo con sus manos, sino también empleando contra él cajas y botellas de las que se encontraban en el lugar, hasta que en un momento dado, y por las cuchilladas propinadas por el procesado, salió del lugar Gabriel al sentirse herido, cayendo también al suelo herido de muerte Antonio. Momento que el procesado aprovecha para salir del lugar, vistiendo sólo sus pantalones y presentando señales evidentes de haber recibido varios golpes, y pese a que el Policía Local le dice que se quede allí, se marcha escondiéndose en unos campos cercanos, donde la Guardia Civil, ante los gritos de socorro que él mismo da, procede a su detención.

Cuarto.- Mientras tienen lugar estos segundos acontecimientos, el Policía Local se hallaba presente en el establecimiento, pero ante la violencia de la pelea y oír que uno de ellos llevaba una navaja, se limitó a observar desde el exterior de dicha dependencia, a la vez que les decía que salieran, demandando refuerzos a la Guardia Civil, y procediendo a echar del local a toda persona que se hallaba en él, o trataba de acceder al mismo con objeto de socorrer al procesado, o mediar en la pelea. Quedando únicamente Escolástico, que optó por refugiarse en los servicios del establecimiento. Por lo que ante la inexistencia de intervención de terceras personas la pelea concluye por sí sola una vez caen heridos los hermanos Antonio y Gabriel.

Antonio, al margen de otra serie de lesiones, recibió dos cuchilladas, una de ellas en el vacío abdominal derecho que atraviesa la última costilla y afecta al hígado, y una segunda en la región inguinal izquierda, sobre la raíz del miembro inferior, que le causa la muerte inmediata por consecuencia de un shock hipovolémico. Mereciendo ser destacado que habiéndosele practicado un análisis de sangre

resultó tener una concentración de 1,46 gramos de alcohol por litro de sangre.

Gabriel, recibió un corte en el borde cubito-palmar de la mano izquierda, y una cuchillada en el tórax izquierdo, que al margen de otras heridas menores, han determinado la necesidad de recibir tratamiento médico-quirúrgico, curando tras 129 días, de los que permaneció 10 hospitalizado, quedándole como secuelas diversas cicatrices que le determinan un perjuicio estético importante.

Juan, recibió un corte en el borde cubito-palmar de la mano izquierda, y una cuchillada en el tórax izquierdo, que al margen de otras heridas menores, han determinado la necesidad de recibir tratamiento médico-quirúrgico, curando tras 129 días, de los que permaneció 10 hospitalizado, quedándole como secuelas diversas cicatrices que le determinan un perjuicio estético importante.

David, resultó con dos heridas inciso contusas, en cuero cabelludo, una en la región occipital de unos 3 centímetros, y otra en la región frontoparietal de unos 2,5 centímetros, que precisaron de sutura; escoriaciones lineales en la cara anterior del cuello; escoriaciones en hemicostado izquierdo, sobre la 9ª costilla, con costra hemática y bordes erimatosos; erosiones lineales múltiples en ambos hombros y raíz posterior del cuello; herida corto punzante en la cara interna de la 3ª falange de la mano izquierda; heridas contusas con costra hemática en las caras anteriores de ambas piernas, y; diversas heridas inciso-contusas escoriaciones lineales en las rodillas. Compatibles, según su clase, de haber sido producidas, entre otros mecanismos, por objetos como botellas y pedazos de cristal".

**DESARROLLO: ¿CONCURRE ALGUNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN?.
EXPLICAR LA RESPUESTA**

CASO PRÁCTICO Nº 2

Sobre las 0,40 horas del día 24 de Julio de 1.993, el procesado Andrés se encontraba en el establecimiento que regentaba, "Taberna C.", sita en Calle..., nº..., de Jaén, acompañado de su esposa, sus tres hijos menores y su cuñado, sirviendo a los últimos clientes que allí se encontraban, teniendo casi totalmente bajada la persiana metálica de la puerta por ser ya la hora de cerrar. En ese momento penetró en el bar Julián, llevando la cara tapada con una media y portando una escopeta de cañones yuxtapuestos y recortados, así como su culata, en perfecto estado de funcionamiento, cerrando de nuevo del todo la persiana metálica, dando un golpe con la culata del arma al cliente más próximo a la puerta, al que tiró al suelo, gritando al mismo tiempo "todos al suelo, esto es un atraco", y ordenando a todos los clientes que se fueran al fondo del bar, haciéndolo éstos así y tirándose al suelo, menos Enrique que quedó de pie al final de la barra y el procesado que siguió de pie tras ella. El atracador ordenó a todos los clientes que tiraran al suelo todo el dinero que llevaran, como así lo hicieron, pidiéndole entonces también al procesado que le entregara el dinero de la caja registradora y todo el que llevara, haciéndolo así. Al ver que toda la cantidad era escasa para sus deseos, le pidió más al procesado, y al decirle éste que no tenía más, le metió en la boca los cañones de la escopeta al tiempo que le quitaba el seguro, y al sacársela le dio un fuerte golpe en la cara, con los mismos cañones, produciéndole una herida en labio superior de medio centímetro de profundidad y contusión en nariz, dientes y encía, que en el Servicio Andaluz de Salud, cuando le atendieron, pronosticaron de reservada. Perdiendo el procesado el conocimiento como consecuencia del golpe, cayendo al suelo detrás de la barra, sangrando abundantemente.

Al ir a coger el atracador los dineros que las demás personas habían tirado al suelo, siguiendo sus órdenes, en un descuido del mismo, Enrique, cuñado del procesado, consiguió sujetarle la escopeta, forcejeando ambos, quitándole el atracador de nuevo el seguro y realizándose un disparo que dio en la pared de detrás de la barra. Recobrando el procesado en ese momento el conocimiento y todavía medio obnubilado por el golpe recibido y temiendo por la vida de toda

su familia, de sus clientes y por la suya propia, cogió un cuchillo de unos 20 centímetros de longitud, que para partir pan tenía junto al mostrador, y saliendo de éste, forcejeó con el atracador, junto con su cuñado que seguía intentando quitarle la escopeta, lo que al fin consiguió, no sin que antes diera el procesado en el forcejeo varios golpes con el cuchillo al atracador, produciéndole una herida inciso punzante en la región supraescapular derecha de 3,5 cm. de longitud, otra de similares características en la región paraescapular del mismo lado, otra herida penetrante en cavidad abdominal, con una anchura de 6 centímetros y con una dirección ascendente de delante hacia atrás y ligeramente inclinada de afuera adentro, que afecta al lóbulo derecho hepático, penetrando después en cavidad torácica, produciendo una herida cortante en el lóbulo inferior del pulmón derecho. En el mismo plano anterior del tórax y a unos 6 centímetros de la anterior le produjo otra herida de igual naturaleza entre la 3ª y la 7ª costillas derechas que son seccionadas, con una profundidad de 8 a 10 centímetros y una anchura de 5 centímetros, de abajo hacia arriba, de afuera adentro y de delante hacia atrás, que interesa el lóbulo antero-superior del hígado y lesiona superficialmente el saco pericárdico en su cara anteroinferior, acompañado de hemopericardio, pero sin lesionar miocardio. Estas dos últimas heridas le produjeron la muerte por shock hipovolémico. Mientras esto sucedía, un cliente aprovechando la confusión del forcejeo, salió del bar, telefoneando a la Policía Local, contándole lo que estaba sucediendo, llegando ésta unos cuatro minutos después, cuando casi acababan de ocurrir los hechos, llamando dicha Policía a una ambulancia que tardó cinco minutos en llegar, y trasladó rápidamente al herido a la Residencia Sanitaria, donde, aunque fue intervenido quirúrgicamente, no pudieron evitar su muerte".

DESARROLLO: ¿CONCURRE ALGUNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN?. EXPLICAR LA RESPUESTA

CASO PRÁCTICO Nº 3

"Que el 19 de Enero de 1993, se montó, dada la pluralidad de atracos a entidades bancarias, servicio de vigilancia en la entidad bancaria llamada "B.", situada en la Calle "S.", nº ... de Valencia, para lo cual, en vehículo camuflado, estaban los funcionarios del Cuerpo de la Policía Nacional nº ...2, José Manuel y el nº ...5. Siendo alrededor de las 14'25 horas, a punto ya de cesar en las tareas de vigilancia, el policía nº ...5, saliendo del vehículo estacionado en las inmediaciones del banco, fue hacia la puerta del local bancario a fin de indicar que cesaban en las tareas de vigilancia, en ese instante, paró una motocicleta que estacionándola en la puerta, se apeaban dos individuos que le inspiraron ciertas sospechas y se dirigían al cajero automático; al regresar al vehículo, lo anterior fue comunicado a su compañero en tareas de vigilancia, José Manuel quien se apresuró a salir del vehículo, dirigirse al banco y observar el acontecer de los hechos. A través de los cristales, observó cómo un individuo provisto de un machete, sujetaba a un cliente, ante la evidencia de que ello era un atraco, sacó su pistola reglamentaria, marca Star, modelo 28 PK, calibre 9 mm. pabelum, la que puso en situación de alimentada, sin seguro de aleta y con el martillo en situación de reposo, indicando a su compañero, con el arma en alto, lo que ocurría. El policía nº ...5, inmediatamente, realizando idéntica operación en cuanto al arma, se dirigió hacia la puerta, derribando deliberadamente la motocicleta aparcada en la puerta, lanzándola al suelo, y situándose enfrente de la entidad bancaria, dado que el policía José Manuel, estaba, a la izquierda de su salida. A escasos instantes, salió del interior del banco uno de los atracadores, Luis, el que en su mano derecha portaba un cuchillo de monte marca Special Hunter con hoja de 21,5 cm. de longitud, el que se dirigió hacia la derecha de su salida, dirección opuesta a la que se encontraba el policía José Manuel, quien rápidamente se dirigió hacia el atracador, alcanzándolo a los tres o cuatro metros de la puerta, al tiempo que repetidamente, pistola en mano en situación de prevenangan armas, daba el alto policial. Enfrentados el policía y el atracador, por éste, daba dentelladas dirigidas al policía al tiempo, que éste intentaba desarmar al atracador, llegando inclusive a impactar la pistola y el cuchillo. En un momento dado, al policía se le disparó, cuando estaba en contacto con el atracador a distancia comprendida entre 0 y 3 cm., la pistola, impactando el cartucho en la parrilla costal entre la 5ª y 6ª costilla izquierda, que por el sentido ascendente su orificio de salida se situó en

las vértebras dorsales, que al afectar a la parte inferior del lóbulo superior izquierdo del pulmón asimismo izquierdo, determinó su instantáneo fallecimiento".

**DESARROLLO: ¿CONCURRE ALGUNA CAUSA DE EXENCIÓN?.
EXPLICAR LA RESPUESTA**

CASO PRÁCTICO N° 4

El día 13 de Agosto de 1996, Fernando, mayor de edad y sin antecedentes penales, no compareció en el NIR-A4 de la base de reclutamiento "G.", sito en el Km. 18 de la carretera de Colmenar a fin de incorporarse a la prestación del servicio militar, pese a haber sido notificado.

Dado que el acusado es Testigo Cristiano de Jehová, cuyas enseñanzas y doctrina sigue, el mismo dirigió escrito al Ministerio de Justicia, rehusando cumplir con esta prestación, sin llegar a presentarse en aquel lugar. Esta conducta se debió a las fuertes creencias religiosas del acusado, de naturaleza antimilitarista y pacifista, al considerar que debe mantener una posición neutral, que determinaron su decisión de no incorporarse al ejército

**DESARROLLO: ¿CONCURRE ALGUNA CAUSA DE EXENCIÓN?.
EXPLICAR LA RESPUESTA**

CASO PRÁCTICO N° 5

Sobre las 19,50 horas del día 15 de diciembre de 1.995, el acusado José Carlos, mayor de edad y sin antecedentes penales, guiado de ilícito propósito de enriquecimiento y ocultando una piedra de la que se había provisto anteriormente, penetró en el establecimiento comercial sito en la calle R. n° ...1, de Buzanada, Arona, donde tras fingir querer realizar la adquisición de una caja de cigarrillos y unas manzanas, se dirigió a la propietaria Adela, de 71 años de edad, a la que conocía como vecina y persona mayor del lugar y tras exigirle dinero, valiéndose de la piedra que llevaba, le golpeó en la cabeza y la empujó y una vez que Adela cayó al suelo, le colocó un trapo en la boca para evitar que continuara gritando, y siguió golpeándola repetidamente en la cabeza con la mencionada piedra, no cesando en su acometimiento hasta que María Candelaria se presentó en el lugar alertada por los gritos, momento en que se dio a la fuga, no sin antes rebuscar en la caja donde la propietaria guardaba el dinero, sin que conste la cantidad de la que se apoderó.

Como consecuencia de los golpes recibidos, Adela resultó con lesiones consistentes en traumatismo craneo encefálico con pérdida de conciencia, tres heridas inciso contusas de 2 cm. de longitud en región parieto temporal derecha, herida inciso contusa de 6 cm. de longitud horizontal en región frontal izquierda sobre reborde orbitario y síndrome vertiginoso postraumático tardando en curar 24 días durante los cuales estuvo impedida, precisando tratamiento médico hospitalario, consistente en tratamiento sintomático, sutura de las heridas y observación, quedándole como secuelas las cicatrices correspondientes a la curación de las heridas citadas y síndrome vertiginoso postraumático. El acusado actuaba bajo los efectos de una dependencia de la heroína que consumía habitualmente, que limitaba las facultades de la personalidad, sin anular su conciencia ni el control de los impulsos si bien, cuando actuó lo hizo bajo la influencia de la droga con un inicial síndrome de abstinencia.

**DESARROLLO: ¿CONCURRE ALGUNA CAUSA DE EXENCIÓN?.
EXPLICAR LA RESPUESTA**

CASO PRÁCTICO Nº 6

El procesado Andrés, mayor de edad y sin antecedentes penales, con fecha no determinada exactamente, pero en todo caso en los días inmediatamente anteriores al 15 de diciembre de 1993, acudió, sobre la una de la madrugada y durante varias noches al punto kilométrico 46/192 de la línea férrea Barcelona-Malgrat por Mataró, correspondiente al tramo comprendido entre las localidades de Calella y San Pol de Mar, lugar en el que procedió a manipular las instalaciones ferroviarias de Renfe. En concreto, situado en la vía del tren y en la oscuridad de la noche, comenzó soltando aproximadamente 25 tornillos que sujetaban el raíl del lado izquierdo en el sentido de la marcha (al lado del mar), y las traviesas, valiéndose para ello únicamente de su propia fuerza y de la llave inglesa adquirida a tal efecto, dejando en el centro y extremos del tramo de raíl algunos tornillos de sujeción que había dejado, y procedió ayudado por una sierra manual de hoja de hierro dulce que se había procurado, a cortar el raíl; hecho en el que invirtió unas 3 horas.- No obstante, ya antes de que el raíl estuviera completamente cortado y con la finalidad de no interrumpir la conexión eléctrica que por el circula, procedió a unir ambas puntas del raíl mediante una conexión "puente" consistente en 2 piezas unidas por un conductor aislado.- Una vez cortado el raíl y garantizada la no interrupción del circuito eléctrico, desplazo uno de los extremos del raíl cortado hacia el interior de la vía mediante el sistema de palanca utilizando para ello un tablón de madera que halló en las inmediaciones.- Por último y para disimular las manipulaciones efectuadas reconstruyó el raíl cortado con cinta adhesiva, rociándolo todo con un spray de pintura negra; para una total imitación con el resto de la vía férrea.- Finalizados estos trabajos, sobre las 5 de la madrugada Andrés se fue a su domicilio situado en Genis de Palafolls.- A consecuencia de esta manipulación sobre las 6'2 2 horas del día 15 de diciembre de 1993, el tren nº ...0 que efectuaba el recorrido de Blanes a Barcelona, con 150 pasajeros aproximadamente descarriló en el lugar en el que el procesado había realizado la citada manipulación, quedando el tren en un lugar sin protección alguna al borde del mar.- El día 4 de enero de 1994, y en el punto kilométrico 59/126 de la línea Barcelona/Massanet, por Mataró comprendido entre las localidades de Blanes y Malgrat de Mar, concretamente sobre el río Tordera, utilizó un "modus operandi" similar al anterior si bien no serró

el raíl. Así, unos cuatro días antes, se dirigió de madrugada al lugar de los hechos. Una vez allí procedió a desenroscar los tornillos que unen los raíles a las traviesas, a pesar de que era de noche no pudo terminar el trabajo, debido a la presencia de un vehículo policial, que le obligó a ocultarse en un primer momento, para después marcharse a su domicilio.- Unos dos días antes del nuevo descarrilamiento, acude al lugar de los hechos sobre la una de la madrugada y terminó de destornillar los citados tornillos, que arrojó al río.- En la madrugada del día 4 de enero de 1994, unas horas tras el paso del último tren en dirección Barcelona-Girona, conectó las piezas para evitar la interrupción del paso de la corriente eléctrica, para a continuación extraer las tuercas, placas y tornillos que unen las juntas de dilatación. Seguidamente hizo palanca entre los dos raíles con una gran llave inglesa fabricada por él, y separó sendos raíles; colocando encima cintas adhesivas, al igual que en el caso anterior, pintándolo con un spray de color negro para simular la continuidad de la vía.- Sobre las 6'05 horas del citado 4 de enero de 1994 la unidad del tren numero ...6 que efectuaba el recorrido de Blanes a Barcelona con 12 personas descarriló en el puente del río Tordera, a consecuencia de la manipulación practicada en la vía. No hubo de lamentar desgracias personales, pero sí graves daños materiales en el tren afectado y en las instalaciones ferroviarias. El tren quedó prácticamente colgando al borde del puente, situado a 12 metros de altura sobre el río.- El último de los descarrilamientos provocado por el procesado tuvo lugar el día 17 de enero de 1994, en el punto kilométrico 62/733 de la misma línea Barcelona-Masanet, a su paso por el término municipal de Tordera.- Al igual que en casos anteriores, dos días antes del descarrilamiento, Andrés se dirigió, siempre por la noche, al punto elegido, donde comenzó a destornillar un tramo del carril derecho, sentido Girona-Barcelona, si bien era de noche, sólo destornilló la mitad del tramo del raíl.- La noche siguiente, regresó al lugar entre las 12 y la una de la madrugada. Allí terminó de destornillar los raíles y traviesas, y tras colocar unos tornillos y un cable a modo de conexión eléctrica, procedió a cortar el raíl, con la sierra manual ya utilizada en la primera ocasión, y a separar ambas partes.- Debido a esta alteración de las vías, la unidad de l tren nº ...4, sobre las 6'30 horas del día 17 de enero 1994, descarriló a su paso por el término municipal de Tordera.- Como consecuencia de los hechos descritos Renfe sufrió daños en sus instalaciones, los cuales no han sido valorados.- Andrés fue detenido el día 6 de febrero de 1994, tras entregarse voluntariamente a la Policía. Todas las herramientas utilizadas por el procesado fueron ocupadas en

un registro practicado en su domicilio de San Genis de Palafolls el día 6-2-1994 a raíz de su detención.- El acusado al tiempo de la producción de los hechos relatados padecía una psicosis esquizofrénica de tipo paranoide que provocó una notable alteración de sus facultades volitivas manteniendo íntegramente sus facultades intelectivas. En el supuesto de autos y examinadas las pruebas periciales, medico y psiquiátricas, hay que señalar que el acusado, dado el padecimiento de una enfermedad mental (psicosis esquizofrénica a de tipo paranoide) le producía una imputabilidad disminuida en la proporción que afectó a sus facultades mentales ya que sus facultades volitivas estaban notable y gravemente alteradas, sin embargo respecto de las intelectivas, su disminución no era grave o íntegra.

**DESARROLLO: ¿CONCURRE ALGUNA CAUSA DE EXENCIÓN?.
EXPLICAR LA RESPUESTA**

Casos prácticos referentes a determinación de pena

CASO PRÁCTICO N° 1

¿Cuál es la pena a imponer al autor de un delito intentado de homicidio del artículo 116?

CASO PRÁCTICO N° 2

¿Cuál es la pena a imponer al cómplice del delito de homicidio preterintencional del artículo 120?

CASO PRÁCTICO N° 3

¿Cuál es la pena a imponer al cómplice de un delito intentado de castración del artículo 133 A?

CASO PRÁCTICO N° 4

¿Qué pena corresponde al autor de un delito de rapto de persona menor de 18 años, del artículo 145?

CASO PRÁCTICO N° 5

¿Qué pena le corresponde al cómplice de un delito de robo con fuerza en casa habitada, concurriendo escalamiento del artículo 219?

CASO PRÁCTICO N° 6

¿Qué pena le corresponde al autor de un delito de falsedad en documento público, del artículo 284, realizado como medio de cometer una estafa en cuantía superior a 100.000 lempiras del artículo 241.3?

VI. BIBLIOGRAFÍA

Almela Vich, Carlos. El Tratamiento Penal del Delincuente Toxicómano. Revista Jurídica La Ley n. 4335, de 21 de Julio de 1997. Madrid.

Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás Salvador. Derecho Penal. Parte General. 4ª Edición, Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. 1996

Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Séptima Edición, Barcelona. Editorial Bosch. 1946

García Pablos de Molina, Antonio. Criminología. 3ª Edición. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. 1996.

Göppinger, Hans. Criminología. 2ª Edición. 1ª Edición Española. Madrid. Editorial Reus S.A. 1975.

Gracia Martin, Luis, Boldova Pasamar, Miguel Angel y Alastuey Dobon, Mª Carmen. Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español. 1ª Edición. Valencia. Tirant Lo Blanch. 1996.

Llorca Ortega, José. Manual de Determinación de la Pena. 4ª Edición. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. 1996.

Luzón Cuesta, José Mª. Compendio de Derecho Penal. Parte General. Octava Edición, Madrid. Editorial Dykinson. 1996.

Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan. Las Consecuencias Jurídicas del Delito. 3ª Edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1996

Mir Puig, Santiago. Lecciones de Derecho Penal. Barcelona. 1983

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 2ª Edición, Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. 1996.

Rodríguez Devesa, José María. Derecho Penal Español. Parte General. Segunda Edición, Madrid. 1971.