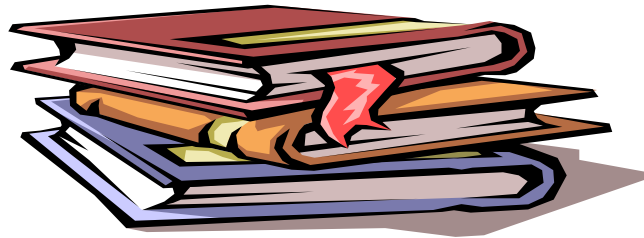


MÓDULO INSTRUCCIONAL

**Derecho Penal. Parte Especial
Jueces de Letras – Defensores Públicos**



Consultor Internacional:

D. LUIS ALFREDO DE DIEGO DÍEZ
Magistrado - Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Pablo de Olavide
(Sevilla). España

I. JUSTIFICACIÓN

A) Justificación del contenido

El proceso de selección de jueces de letras y defensores públicos para cubrir las diferentes facetas que contempla el nuevo código procesal penal, constituye una ardua tarea de planificación, organización y desarrollo de actividades para obtener un producto que sea el óptimo para llevar a cabo la tarea de impartir justicia.

Para la selección de los candidatos a jueces de letras y también a defensores públicos se sigue un procedimiento, regido por los principios de transparencia, igualdad, mérito y capacidad, en el que han superado diferentes pruebas de conocimientos y exámenes psicométricos, a fin de seleccionar aquellos profesionales que reunían el perfil ideal.

Tras haber superado la fase del proceso selectivo, procede ahora dotar a los aspirantes a Jueces de Letras y a Defensores Públicos, de los instrumentos teóricos y prácticos del Derecho, en el curso de capacitación desarrollado en la Escuela Judicial.

Dentro de esta fase, el conocimiento del derecho penal sustantivo constituye uno de los pilares básicos de la formación de los futuros jueces y defensores, constituye la columna vertebral (junto con el Derecho Constitucional, el Derecho Procesal Penal y el Derecho Penitenciario) de su quehacer profesional diario.

Es tan evidente que el éxito de la justicia penal (en los aspectos de seguridad jurídica, defensa de los derechos de la víctima, garantías del acusado, etc.) depende del conocimiento y manejo del Derecho Penal (en sus aspectos sustantivo, procesal y penitenciario), que sobra cualquier justificación por obvia. Es imprescindible que quienes están llamados a realizar funciones jurisdiccionales y funciones de defensa de los derechos fundamentales en el ámbito penal, se familiaricen con el contenido y el alcance de aquellas normas. Sólo desde un conocimiento suficiente de los contenidos sustantivos y procesales de la legislación vigente, tanto en el nivel normativo como en los aspectos prácticos, podrá obtenerse una interpretación y aplicación de las normas e instituciones reguladas por el ordenamiento penal que puedan considerarse conformes a su espíritu y a las finalidades modernizadoras y humanizadoras que incuestionablemente se persiguen.

Uno de los cambios fundamentales que ha supuesto la entrada en vigor del Nuevo Código Procesal Penal (vigente desde febrero de 2002) es el juicio o debate oral, hasta entonces inexistente en las causas criminales, y que exige a los jueces

un profundo conocimiento del Derecho Constitucional, Penal sustantivo y Procesal Penal y un alto grado de excelencia en el manejo de los debates y audiencias orales del nuevo procedimiento, porque en ocasiones habrán de resolver en el acto cuestiones jurídicas relevantes, sin poder acudir a la reflexión y consulta que permite un procedimiento escrito.

Por este motivo, el conocimiento del novedoso proceso penal es sin duda fundamental, pero si a ello no le unimos el conocimiento global del Derecho sustantivo, el esfuerzo podría ser insuficiente. Sólo con una plena comprensión de los tipos delictivos a aplicar será posible realizar correctamente la alta misión que constitucionalmente corresponde a los jueces en un moderno Estado Democrático de Derecho.

B) Justificación del método

La elaboración de este curso está presidida por el objetivo de conseguir en los participantes un conocimiento suficientemente sólido de las normas de Derecho Penal sustantivo y de sus interpretaciones y aplicaciones, con el fin de que, llegado el momento, los depositarios de la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado (los jueces) y quienes tienen en sus manos la defensa de derechos fundamentales como la libertad de los ciudadanos (los defensores públicos), puedan manejar con soltura los conceptos teóricos y prácticos que se derivan de los preceptos del Código y que durante todo el procedimiento, y en particular en el desarrollo del juicio oral puedan desenvolverse con seguridad y confianza.

De acuerdo con la máxima anterior y, teniendo en cuenta que el curso va dirigido a profesionales en activo, parece obvio que sin perjuicio de las exposiciones teóricas, siempre necesarias, debe darse prioridad al aspecto práctico, ya que es la mejor manera de conseguir la fijación de los contenidos teóricos.

El curso comenzará y finalizará de la misma manera, esto es, con la realización de sendas evaluaciones.

El objetivo de la evaluación inicial es que el participante compruebe las dificultades o las dudas que le ofrece la materia, para que desde el primer momento sea consciente de la necesidad de realizar un esfuerzo de aprovechamiento del curso.

Por otra parte, y siguiendo la línea marcada anteriormente de primar el aspecto práctico, al final de cada jornada se realizarán casos prácticos referentes a los contenidos teóricos del día, que serán resueltos en grupos y debatidos luego en

conjunto.

Por lo que se refiere al desarrollo expositivo del contenido teórico del curso, se ha optado por introducir nociones básicamente informativas del contenido de los tipos penales estudiados a modo de comentarios, sin profundizar demasiado en conflictos doctrinales o elaboraciones dogmáticas, que distraerían a los participantes de la orientación eminentemente práctica que se pretende. No obstante, 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, como medio de consulta básico. En numerosas ocasiones se acude a la casuística, con la pretensión de dar solución concreta a los problemas interpretativos que en la práctica se plantean con mayor frecuencia.

En cualquier caso, las exposiciones teóricas del Módulo no pasan de ser textos de apoyo, de manera que al impartir los cursos de capacitación, el docente las utilizará como base de su exposición teórica, en función de las características concretas del grupo, pero sin que en ningún caso se pretenda la reproducción íntegra de sus contenidos, lo que por otro lado no sería posible por la duración limitada de los cursos de capacitación.

II. OBJETIVOS

A) Objetivos en cuanto al contenido de conocimiento

*Alcanzar una visión general de los delitos contra la vida y la integridad física, los de narcotráfico, los delitos contra el patrimonio, contra la fe pública, contra la Constitución y los derechos fundamentales, los delitos culposos y los de lavado de activos y delitos ambientales. El Juez de Letras, actuando como «juez de garantías» y el defensor público, como garante de los derechos fundamentales de su defendido, son piezas clave en el teatro del proceso, el primero durante la investigación del delito y el segundo, además, en el juicio oral.

* Profundizar en el estudio de las conductas delictivas más importantes dentro de dicho ámbito delictivo, atendiendo a criterios de gravedad y de frecuencia de comisión, haciendo hincapié tanto en aquellos aspectos que las relacionan entre sí como en aquellos otros que las diferencian.

* Aprender a calificar supuestos de hechos complejos, en los que se presenten problemas concursales, de participación o de consumación del delito.

* Adquirir la habilidad suficiente para trasponer a los supuestos delictivos concretos los conceptos más fundamentales del Derecho Penal, como la antijuridicidad, la culpabilidad, las reglas concursales o la consumación delictiva.

B) Objetivos en cuanto a la actitud perseguida

- Concienciar a los Jueces de Letras y a los Defensores Públicos de que no sirve de nada un conocimiento amplio de la Parte General del Derecho Penal, si posteriormente no nos facilita el dar respuesta práctica a todos los supuestos que se plantean en la vida profesional diaria. A la hora de calificar adecuadamente los hechos, bien sea durante la investigación, bien sea para enfrentar el juicio oral, resulta imprescindible buscar la aplicación del tipo delictivo concreto a través de la aplicación de los principios generales del Derecho Penal.

- Sensibilizar a los Jueces de Letras y a los Defensores Públicos de la necesidad de buscar soluciones coherentes y dar respuestas conforme a los principios generales, huyendo de soluciones que conduzcan al absurdo y que puedan resultar incluso contrarias al sentido común.

- Recordarles que en el nuevo sistema procesal, la relevancia de su actuación se traduce en una mayor responsabilidad, al adquirir su función toda la dimensión que el Código Procesal les encomienda en la garantía de los derechos individuales durante la investigación y, a los defensores públicos, además, en el juicio oral, proponiendo y valorando las pruebas.

- Finalmente, provocar también el debate entre los miembros de la carrera judicial y los de la defensoría pública, en la idea de que el intercambio de opiniones enriquece a todos y brinda soluciones más elaboradas y reflexionadas que, a su vez, evitan desigualdades en la aplicación de la ley.

III. METODOLOGÍA EMPLEADA

En el desarrollo de este curso de capacitación de los Jueces de Letras y de los Defensores Públicos, se va a perseguir fundamentalmente su preparación en Derecho Penal sustantivo, lo que debe ser útil tanto para la investigación de los hechos sometidos a juicio oral, como para la calificación de los mismos y el ejercicio de la defensa del imputado.

Como ya hemos apuntado, de nada serviría un perfecto dominio de la técnica

procesal, si no va acompañado del conocimiento científico preciso para fundamentar el proceso mismo. Es decir, por muy bien que se conozcan las normas de la investigación y del juicio oral, si se ignoran los elementos básicos del tipo delictivo en cuestión, se corre el riesgo de no saber bien qué contenidos son los que deben buscarse en el interrogatorio de las partes, de los testigos o, en general, en desarrollo de la prueba para acreditar los hechos típicos o, en su caso, los elementos de descargo.

Para conseguir estos fines es necesario combinar las exposiciones teóricas con el desarrollo de los casos prácticos. De acuerdo con ello, el sistema metodológico que se va a emplear será el siguiente:

En primer lugar se realizará un breve test, que tendrá lugar los dos primeros días antes del desarrollo teórico de la primera clase. A través de ellos, se pretende percibir cuál es el nivel de conocimiento general de los temas objeto de éste módulo, y con más detalle, qué cuestiones pueden resultar menos conocidas o más dudosas.

A continuación se pretende, como se señala anteriormente, combinar la teoría con la práctica. De este modo las sesiones se pueden dividir en dos partes. En la primera se desarrollará la exposición del tema, siguiendo el contenido del módulo. Aunque el sistema expositivo, como es obvio, girará en torno a la explicación que haga el profesor de la materia correspondiente, es interesante que dicha exposición pueda ser interrumpida con flexibilidad 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 grupos, dispondrán de unos minutos para estudiar, cada grupo separadamente, 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 habrá de reducirse para proceder al 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 corregirlos para el futuro. Se pretende que el módulo pueda servir también posteriormente para recordar conceptos, o para subsanar dudas surgidas en la actividad profesional.

IV. ÍNDICE TEMÁTICO DEL MÓDULO

| | Pág. |
|---|-------------|
| Lección 1: <i>Panorámica general de los delitos de más frecuente conocimiento.....</i> | 15 |
| Lección 2: <i>La delincuencia violenta. Delitos contra la vida humana y de defensa de la vida humana en gestación. Delitos contra la integridad corporal y la salud. Agresiones sexuales. Delitos contra el honor y derecho penal de familia. Esquemas generales, principales problemas y diagnóstico diferencial.....</i> | 17 |
| Capítulo I. Delitos contra la vida humana y de defensa de la vida humana en gestación..... | 17 |
| I. Delitos contra la vida humana independiente..... | 17 |
| 1. Homicidio..... | 17 |
| 2. Asesinato..... | 29 |
| 3. Parricidio..... | 51 |
| 4. Homicidio en riña tumultuaria..... | 56 |
| 5. Homicidio culposo..... | 61 |
| 6. Infanticidio..... | 64 |
| 7. Tentativa de suicidio..... | 66 |
| 8. Inducción o auxilio al suicidio..... | 67 |
| II. Defensa de la vida humana en gestación. El aborto..... | 73 |
| Capítulo II. Delitos contra la integridad corporal y la salud..... | 83 |
| 1. Cuestiones generales..... | 83 |
| 2. Modalidades de lesiones..... | 84 |
| A) <i>Lesiones dolosas</i> | 85 |
| B) <i>Lesiones en riña tumultuaria</i> | 90 |
| C) <i>Lesiones culposas</i> | 91 |
| 3. Abandono de niños y de personas desvalidas..... | 91 |
| Capítulo III. Delitos contra la libertad sexual..... | 94 |
| 1. Violación..... | 95 |
| 2. Actos de lujuria..... | 109 |
| 3. Estupro..... | 112 |
| 4. Incesto..... | 115 |
| 5. Rapto..... | 116 |
| 6. Hostigamiento sexual..... | 118 |
| 7. Delitos de explotación sexual comercial..... | 119 |
| 8. Disposiciones generales..... | 126 |
| Capítulo IV. Delitos contra el honor..... | 128 |
| 1. Calumnia..... | 129 |
| A) <i>Acción típica</i> | 129 |
| B) <i>Sujeto pasivo</i> | 130 |

| | |
|--|------------|
| 2. Injuria..... | 131 |
| A) <i>Acción típica</i> | 131 |
| B) <i>Causas de justificación</i> | 133 |
| 3. Difamación..... | 136 |
| 4. Disposiciones comunes..... | 137 |
| A) <i>Sujeto activo</i> | 137 |
| B) <i>Requisitos de perseguibilidad</i> | 137 |
| C) <i>Legitimación en juicio</i> | 138 |
| D) <i>Extinción de la acción penal</i> | 138 |
| a) <i>Conciliación intraprosal</i> | 138 |
| b) <i>Perdón del ofendido</i> | 139 |
| E) <i>Publicación de la sentencia</i> | 139 |
| | |
| Capítulo V. Derecho penal de familia..... | 141 |
| I. Delitos contra el estado civil..... | 141 |
| 1. Alteración del estado civil..... | 141 |
| A) <i>Suposición de parto</i> | 141 |
| B) <i>Sustitución de un niño por otro</i> | 142 |
| C) <i>Ocultación o exposición de un hijo</i> | 142 |
| 2. Usurpación del estado civil..... | 143 |
| 3. Celebración de matrimonios ilegales..... | 145 |
| A) <i>Bigamia</i> | 145 |
| B) <i>Simulación de matrimonio</i> | 146 |
| C) <i>Matrimonio con impedimento dirimente no dispensable</i> | 146 |
| D) <i>Autorización de matrimonios ilegales</i> | 147 |
| E) <i>Responsabilidad civil</i> | 148 |
| II. Delitos contra el orden de la familia..... | 148 |
| 1. Incesto..... | 148 |
| 2. Negación de la asistencia familiar..... | 149 |
| 3. Violencia intrafamiliar..... | 150 |
| | |
| Lección 3: Tratamiento jurídico penal del narcotráfico. Referencia complementaria a la medicina legal, psiquiatría, sociología y criminología. Delitos contra la libertad y la seguridad..... | 153 |
| | |
| Capítulo I. Tratamiento jurídico penal del narcotráfico..... | 153 |
| I. Consideraciones jurídico penales. Referencia a la medicina legal, psiquiatría, sociología y criminología..... | 153 |
| 1. Aspectos criminológicos..... | 153 |
| 2. Aspectos sociológicos..... | 155 |
| 3. Aspectos médico-legales..... | 157 |
| II. Figuras delictivas..... | 167 |
| 1. Cuestiones comunes..... | 167 |
| 2. Las actividades típicas..... | 169 |

| | |
|--|-------------|
| 3. Atipicidad del consumo compartido y de la donación por motivos humanitarios..... | 179 |
| 4. Formas de ejecución..... | 181 |
| Capítulo II. Delitos contra la libertad y la seguridad..... | 184 |
| 1. Esquemas generales de los tipos delictivos..... | 184 |
| 2. Secuestro y detención ilegal..... | 185 |
| 3. Sustracción de menores..... | 190 |
| 4. Coacciones..... | 192 |
| 5. Amenazas..... | 193 |
| 6. Torturas..... | 194 |
| Lección 4: Delincuencia patrimonial: robo, extorsión, chantaje, usurpación, hurto, estafa y fraude. Esquemas generales, principales problemas, diagnóstico diferencial..... | 197 |
| Capítulo I. Robo..... | 199 |
| 1. Bien jurídico protegido..... | 199 |
| 2. Sujetos activo y pasivo..... | 200 |
| 3. Objeto material..... | 201 |
| 4. Elemento subjetivo..... | 203 |
| 5. Conducta típica..... | 205 |
| 6. Medio empleado..... | 207 |
| A) Robo con violencia en las personas..... | 207 |
| B) Robo con intimidación en las personas..... | 209 |
| C) Robo con fuerza en las cosas..... | 210 |
| 7. Conducta agravadas..... | 211 |
| Capítulo II. Extorsión y chantaje..... | 222 |
| 1. Extorsión..... | 222 |
| 2. Chantaje..... | 223 |
| Capítulo III. Hurto..... | 225 |
| 1. Los tipos básicos..... | 225 |
| 2. Subtipos agravados..... | 228 |
| 3. La excusa absolutoria..... | 229 |
| Capítulo IV. Usurpación..... | 231. |
| 1. Tipo básico..... | 231 |
| 2. Despojo cauteloso..... | 232 |
| 3. Perturbación violenta de la posesión..... | 234 |
| 4. Distracción del curso de las aguas..... | 235 |
| 5. Ocupación de bienes de dominio público..... | 235 |
| Capítulo V. Estafa y otros fraudes..... | 237 |

| | |
|---|------------|
| 1. Deslinde entre el delito y la falta..... | 238 |
| 2. Concepto..... | 238 |
| A) Engaño..... | 239 |
| B) Error..... | 245 |
| C) Acto de disposición..... | 246 |
| D) Perjuicio..... | 246 |
| E) Ánimo de lucro..... | 249 |
| F) Relación de causalidad entre los elementos..... | 249 |
| 3. Consumación..... | 249 |
| 4. Concurso entre estafa y falsedad..... | 250 |
| 5. Las defraudaciones del artículo 242..... | 251 |
| 6. El tipo residual del artículo 243..... | 255 |
| | |
| Lección 5: Delitos contra la fe pública: Esquemas generales, principales problemas y diagnóstico diferencial. Falsificación de documentos en general. Tratamiento jurídico de la corrupción..... | 257 |
| | |
| Capítulo I. Falsificación de moneda, billetes de banco y otros títulos valores..... | 258 |
| 1. Cuestiones comunes..... | 258 |
| 2. Conductas típicas..... | 259 |
| A) Falsificación, alteración y cercenación..... | 260 |
| B) Introducción en el país..... | 262 |
| C) Adquisición de moneda falsa, alterada o cercenada para ponerla en circulación..... | 263 |
| D) Puesta en circulación de moneda falsa, alterada o cercenada, recibida de buena fe..... | 264 |
| E) Falsificación, alteración y cercenamiento de moneda y valores Extranjeros..... | 264 |
| F) Fabricación o emisión de monedas, billetes o títulos valores en Exceso..... | 265 |
| | |
| Capítulo II. Falsificación de sellos, papel sellado y otros efectos oficiales..... | 267 |
| 1. Falsificación y uso de sellos oficiales..... | 267 |
| 2. Falsificación de efectos sellados o timbrados del Estado cuyo objeto es el cobro de impuestos, derechos o servicios..... | 267 |
| 3. Falsificación de marcas, contraseñas o firmas de contraste o identificadotas..... | 268 |
| 4. Uso fraudulento, borrado y venta de sellos, efectos sellados o timbrados del Estado, marcas, contraseñas o firmas oficiales..... | 268 |
| | |
| Capítulo III. Falsificación de documentos en general..... | 270 |
| 1. Bien jurídico..... | 270 |
| 2. Concepto de documento..... | 270 |
| 3. Falsificación de documentos públicos..... | 274 |
| A) Sujeto activo..... | 275 |

| | |
|--|------------|
| a) Falsificación cometida por funcionario público..... | 275 |
| b) Falsificación cometida por ministros religiosos..... | 277 |
| c) Falsificación cometida por particulares..... | 277 |
| B) <i>Documento público</i> | 277 |
| C) <i>Modalidades de la acción</i> | 278 |
| a) Contrahacer o fingir letra, firma o rúbrica..... | 279 |
| b) Suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido | 280 |
| c) Atribuir a las que han intervenido en él, declaraciones o | |
| manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho..... | 280 |
| d) Faltar a la verdad en la narración de los hechos..... | 281 |
| e) Alterar las fechas y cantidades verdaderas..... | 283 |
| f) Hacer en documento verdadero cualquier alteración o intercalación | |
| que varíe su sentido..... | 283 |
| g) Dar copia en forma fehaciente de un documento supuesto o | |
| manifestar en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el | |
| verdadero original..... | 284 |
| h) Intercalar indebidamente cualquier escritura en un protocolo, | |
| registro o libro oficial..... | 284 |
| i) Destruir, mutilar, suprimir u ocultar un documento..... | 285 |
| 4. Falsificación de documentos privados..... | 285 |
| 5. Falsificación de despachos telegráficos..... | 285 |
| 6. Falsificación de billetes o boletos de lotería, rifas, transportes o | |
| espectáculos públicos..... | 286 |
| 7. Falsificación de certificados médicos..... | 287 |
| 8. Uso de documento falso..... | 288 |
| 9. Fabricación, importación o tenencia de útiles para cometer falsedades.. | 289 |
| | |
| Capítulo IV. Tratamiento jurídico de la corrupción..... | 291 |
| 1. Cohecho..... | 291 |
| A) <i>Cohecho pasivo propio</i> | 292 |
| a) Bien jurídico protegido..... | 293 |
| b) Sujeto activo..... | 293 |
| c) Conducta típica..... | 295 |
| d) El instrumento del soborno: dádivas, presentes, ofrecimientos, | |
| promesas o ventajas indebidas..... | 298 |
| e) La contraprestación al soborno..... | 301 |
| B) <i>Cohecho pasivo impropio</i> | 304 |
| C) <i>El cohecho pasivo de jueces</i> | 305 |
| D) <i>Cohecho activo</i> | 307 |
| E) <i>Decomiso</i> | 308 |
| 2. Tráfico de influencias..... | 309 |
| A) <i>Influencia ejercida por funcionario</i> | 309 |
| B) <i>Influencia ejercida por particular</i> | 313 |
| C) <i>Ofrecimiento de influencias</i> | 313 |
| 3. Malversación de caudales públicos..... | 316 |

| | |
|--|------|
| A) <i>El bien jurídico protegido</i> | 316 |
| a) Malversación propia..... | 316 |
| b) Malversación impropia..... | 317 |
| B) El sujeto de la acción..... | 318 |
| a) Malversación propia..... | 318 |
| b) Malversación impropia..... | 318 |
| C) <i>El objeto de la acción: concepto y contenido de la expresión caudales públicos</i> | 319. |
| a) Caudales..... | 320 |
| b) Públicos..... | 320 |
| D) <i>Relación entre el funcionario y los caudales</i> | 321 |
| E) <i>Las conductas típicas</i> | 323 |
| a) Apropiación dolosa (art. 370 del CP)..... | 323 |
| b) Apropiación culposa (art. 371 del CP)..... | 324 |
| c) Distracción (art. 372 del CP)..... | 325 |
| d) Demora de pagos exigibles y retención indebida de cosas (art. 373 del CP)..... | 327 |
| e) Malversación impropia (artículo 373-A)..... | 328 |
| 4. Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas..... | 332 |
| 5. Fraudes y exacciones ilegales..... | 334 |
| A) <i>Fraudes</i> | 334 |
| B) <i>Exacciones ilegales</i> | 335 |
| 6. Prevaricación..... | 336 |
| A) <i>Concepto</i> | 336 |
| B) <i>La prevaricación judicial</i> | 337 |
| a) Concepto..... | 338 |
| b) Bien jurídico..... | 339 |
| c) Sujeto activo..... | 339 |
| d) Conducta típica..... | 339 |
| 1. <i>Prevaricación dolosa de acción (arts. 378 y 379 del CP)</i> | 340 |
| 2. <i>Prevaricación judicial omisiva (art. 380.1 del CP)</i> | 344 |
| 3. <i>Prevaricación judicial culposa (art. 380.2 del CP)</i> | 344 |
| e) Presupuestos procesales..... | 347 |
| C) <i>La prevaricación de funcionarios administrativos</i> | 347 |
| D) <i>La prevaricación de profesionales del Derecho</i> | 348 |
| a) Sujeto activo..... | 348 |
| b) Bien jurídico..... | 349 |
| c) Perjudicar al cliente..... | 350 |
| d) Revelar los secretos del cliente..... | 352 |
| e) La doble defensa o representación..... | 354 |
| 7. Denegación y retardo de justicia..... | 357 |
| A) <i>Retardo judicial malicioso o irresponsable</i> | 357 |
| B) <i>No adoptar medidas para la persecución de los delincuentes</i> | 358 |

| | |
|---|------------|
| Lección 6: Delitos contra la Constitución, contra los derechos y libertades fundamentales y contra la humanidad (tortura y genocidio)..... | 360 |
| Capítulo I. Delitos contra la Constitución..... | 360 |
| 1. Rebelión..... | 360 |
| 2. Sedición..... | 363 |
| 3. Disposiciones comunes a los delitos de rebelión y sedición..... | 366 |
| A) <i>La excusa absolutoria del artículo 339 para los meros ejecutores de la rebelión o sedición</i> | 366 |
| B) <i>Incitación y cooperación a la rebelión o sedición</i> | 367 |
| C) <i>Concurso de delitos</i> | 367 |
| D) <i>Presunción objetiva de autoría</i> | 369 |
| 4. Delitos contra los altos funcionarios del Estado..... | 370 |
| A) <i>Homicidio del Presidente de un Poder del Estado: magnicidio</i> | 370 |
| B) <i>Lesiones a la integridad corporal y a la libertad del Presidente de la República</i> | 371 |
| C) <i>Invasión de las altas instituciones del Estado</i> | 372 |
| D) <i>Delitos contra otros altos órganos del Estado</i> | 373 |
| 5. Delitos contra la forma de gobierno..... | 374 |
| Capítulo II. Delitos contra los derechos y libertades fundamentales..... | 376 |
| I. Delito de discriminación..... | 377 |
| II. Delitos cometidos por los particulares..... | 377 |
| 1. Manifestación ilegal..... | 378 |
| 2. Asociación ilícita..... | 379 |
| III. Delitos cometidos por funcionarios..... | 380 |
| 1. Contra la libertad personal..... | 382 |
| A) <i>Detención ilegal</i> | 382 |
| B) <i>Libertad deambulatoria</i> | 382 |
| C) <i>Libertad de residencia</i> | 383 |
| 2. Contra el secreto a las comunicaciones..... | 383 |
| 3. Contra la libertad de expresión..... | 384 |
| 4. Contra la libertad de asociación..... | 384 |
| 5. Contra otros derechos..... | 385 |
| Capítulo III. Delitos contra la humanidad..... | 386 |
| 1. Torturas..... | 386 |
| 2. Genocidio..... | 386 |
| A) <i>Concepto y clases</i> | 390 |
| a) <i>Genocidio físico</i> | 390 |
| b) <i>Genocidio biológico</i> | 391 |
| c) <i>Genocidio cultural</i> | 391 |
| B) <i>Actos castigados</i> | 392 |

| | |
|---|----------------|
| Lección 7: Delincuencia culposa. La imprudencia profesional, imprudencia médica y de automóviles. Esquemas generales, principales problemas y diagnóstico diferencial..... | 393 |
| <i>Capítulo único.....</i> | <i>393.</i> |
| 1. Acción típica: elementos..... | 393 |
| A) <i>El deber de cuidado: «desvalor de la acción».....</i> | <i>394</i> |
| B) <i>El resultado: «desvalor de resultado».....</i> | <i>398</i> |
| 2. Imprudencia profesional..... | 402 |
| A) <i>El deber objetivo de cuidado (cuidado externo).....</i> | <i>403</i> |
| B) <i>El deber subjetivo de cuidado (cuidado interno).....</i> | <i>407</i> |
| C) <i>La exclusión de la antijuricidad.....</i> | <i>410</i> |
| D) <i>Autoría y participación.....</i> | <i>414</i> |
| 3. Imprudencia médica..... | 417 |
| A) <i>Modalidades de la responsabilidad penal médico-sanitaria en el Código penal hondureño.....</i> | <i>418</i> |
| B) <i>Elementos integradores de la imprudencia punible.....</i> | <i>420</i> |
| a) <i>Inobservancia de los deberes de cuidado.....</i> | <i>420</i> |
| b) <i>Producción de resultado perjudicial.....</i> | <i>428</i> |
| c) <i>Relación de causalidad.....</i> | <i>428</i> |
| 4. Imprudencias con vehículos automotores..... | 430 |
| A) <i>Los principios rectores del manejo diligente de los vehículos Automotores.....</i> | <i>430</i> |
| a) <i>Principio de conducción dirigida o controlada.....</i> | <i>432</i> |
| b) <i>Principio de seguridad.....</i> | <i>434</i> |
| c) <i>Principio de confianza.....</i> | <i>436</i> |
| d) <i>El juego de los tres principios enunciados.....</i> | <i>437</i> |
| B) <i>La conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas o drogas.....</i> | <i>440</i> |
| C) <i>Concurrencia de culpas.....</i> | <i>442</i> |
| D) <i>Plazo de prescripción en los delitos culposos.....</i> | <i>446</i> |
| Lección 8: Delitos no convencionales: Delitos de constitución financiera, lavado de activos, delitos ambientales..... | 448 |

Lección 1: Panorámica general de los delitos de más frecuente conocimiento.

I. INTRODUCCIÓN

Incluso con la mejor de las intenciones, resultaría difícil, además de inútil, realizar una exposición general de todas las figuras delictivas de que conocen, por razón de sus competencias, los Tribunales de sentencia, no sólo por la amplitud del objetivo, sino también porque la falta de conexión entre la mayoría de estos delitos impediría sacar conclusiones generales para todos ellos, de manera que habría que descender al estudio particularizado, lo cual iría en contra del propio objetivo y de la estructura general del presente manual, ya que, una vez superada esta lección, el temario se centra en el análisis individualizado de los tipos delictivos tipificados en el Código Penal hondureño y en las leyes especiales. Además, es de ver que, atendiendo a las circunscripciones departamentales donde se ubican los Tribunales de Sentencia, los delitos más frecuentes en cada uno de ellos son bien distintos, no teniendo nada que ver, por ejemplo, la frecuencia de delitos de narcotráfico en San Pedro Sula con los que se ventilan en Santa Rosa.

En suma, cualquier referencia que aquí pudiéramos hacer a los delitos competencia de los Tribunales de Sentencia sería reiterada, más ampliamente, al tratar en concreto los correspondientes tipos delictivos, por lo que aquí, esa referencia y tratamiento, se convierten en innecesarios.

No obstante lo anterior, sí resulta interesante realizar algunas precisiones previas. Así, hay que destacar que, bajo el común epígrafe de «la delincuencia violenta», se encuadran tipos delictivos que atentan contra bienes jurídicos diferentes, por ejemplo, el homicidio y sus figuras afines, contra la vida humana independiente; el aborto, contra la vida humana dependiente; las lesiones, contra la integridad física; y las agresiones sexuales, contra la libertad sexual de las personas.

Además, aunque no se recojan bajo dicha rúbrica, en los temas siguientes se estudian otras figuras delictivas que entrañan el uso de la violencia. Así, la violencia intrafamiliar, el secuestro, la detención ilegal, las torturas o el robo con violencia.

Si cualquier tipo de delincuencia supone un quebranto para la sociedad, no cabe duda de que si, además, va acompañada de violencia, suele generar daños especialmente graves e irreparables, generando un clima de inseguridad ciudadana incompatible con la paz social a que todos aspiramos. Por ello, la respuesta del Derecho Penal, a través de los Tribunales de Justicia ha de ser ejemplar y eficaz, y,

también por ello, se prestará una especial atención a esta delincuencia violenta.

Otro tipo delictivo que se debe traer a colación en estas consideraciones generales es el del tráfico de drogas, ya que, aparte de atentar contra la salud pública, el narcotráfico tiene puntos en común con la mayoría de los delitos violentos a que antes se ha hecho referencia y los delitos contra el patrimonio. En no pocas ocasiones, los actos violentos se cometen por personas afectadas por el consumo de drogas, de manera que en los actos de comercio ilícito de sustancias estupefacientes está el origen de la actividad delictiva desplegada por muchas personas.

II. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN FUNCIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Otro de los aspectos que conviene mencionar en esta panorámica general es el de la clasificación de los tipos delictivos contenidos en el Código Penal. Se pueden hacer varios tipos de clasificaciones, según el criterio al que nos acogamos. La más clásica es la distinción entre delitos graves y menos graves en función del tipo de pena que conllevan. Pero, al margen de las clasificaciones elaboradas por la doctrina, con mayor o menor éxito, o con mayor o menor valor didáctico, lo más útil es seguir el orden sistemático del Código Penal, que va desarrollando los tipos delictivos atendiendo básicamente al bien jurídico protegido.

Así, el Código Penal hondureño comienza, siguiendo la línea de todos los códigos occidentales, por los delitos contra la vida y la integridad corporal, para seguir con los que atentan a la libertad sexual y, tras una larga lista, terminar con los delitos contra la Administración de Justicia.

A lo largo de todo el texto legislativo se observa cómo se van sucediendo bienes jurídicos individuales, como la vida, la integridad corporal, el honor, la libertad, y otros de carácter colectivo, como la salud pública, la seguridad del Estado, el correcto ejercicio de la función pública o de la administración de justicia. Precisamente, una de las características del Derecho Penal moderno es la evolución hacia la protección de bienes jurídicos nuevos, en otras épocas inexistentes, muchos de ellos de titularidad colectiva, lo que dota al Derecho Penal de una dimensión social nueva y cada vez más fuerte.

Lección 2: Delitos contra la vida humana y de defensa de la vida humana en gestación. Delitos contra la integridad corporal y la salud. Delitos contra la libertad sexual. Delitos contra el honor. Derecho penal de familia. Esquemas generales, principales problemas y diagnóstico diferencial.

Capítulo I.

Delitos contra la vida humana y de defensa de la vida humana en gestación

El Código Penal hondureño recoge (Libro II, título I), bajo la rúbrica «Delitos contra la vida y la integridad corporal», cuatro capítulos dedicados, respectivamente, a los delitos de homicidio, aborto, lesiones y abandono de niños y de personas desvalidas. El legislador ha ordenado sistemáticamente los delitos en función de los bienes jurídicos protegidos, ocupándose en primer lugar de las conductas con un mayor desvalor social, como son los ataques contra la vida humana, tanto independiente como dependiente, para seguir con los delitos que afectan a la integridad física del individuo.

I. DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

Siguiendo el orden del propio Código, los delitos contra la vida humana independiente son los siguientes: homicidio, asesinato, parricidio, homicidio en riña tumultuaria, homicidio culposo, infanticidio, tentativa de suicidio e inducción o auxilio al suicidio.

1. HOMICIDIO

El artículo 116, del Código Penal hondureño establece: «*Quien dé muerte a una persona sin concurrir las circunstancias que se mencionan en los siguientes artículos del presente Capítulo, comete el delito de homicidio simple e incurrirá en la pena de quince (15) a veinte (20) años de reclusión.*

La pena será de veinte (20) a treinta (30) años de reclusión, cuando la víctima del delito fuese autoridad judicial, policial, miembro del Ministerio Público, funcionario o empleado de Centros Penales, cuando el delito fuese cometido con ocasión o en el

ejercicio de su cargo o función».

A) Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la vida humana, derecho inviolable de todas las personas (hondureños y extranjeros) protegido por los artículos 61 y 65 de la Constitución de la República y concebido por el Tribunal Constitucional español como soporte ontológico del resto de derechos fundamentales de la persona⁽¹⁾

También los tratados internacionales suscritos y ratificados por Honduras reconocen este derecho. Así aparece en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948); en el artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); en el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (1966); y en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

En todos los delitos contra la vida humana independiente se tutela la vida desde su inicio –nacimiento– hasta su finalización –muerte–. Algo tan aparentemente sencillo se complica a la hora de concretar sus límites. Se trata de un fenómeno biológico, pero con decisivas repercusiones jurídico-penales. Por un lado, el momento del nacimiento marcará la frontera entre el aborto y el homicidio; y, por otro, la muerte lo hará entre el homicidio y el delito imposible.

a) El nacimiento

La línea divisoria entre la vida dependiente y independiente es discutida. Para algunos, la vida humana se protege desde el comienzo de la expulsión del feto motivada por el parto (Stampa Braun); otros exigen la total separación del claustro materno (Bajo Fernández) o ponen el acento en el corte del cordón umbilical (Muñoz Conde) o en la respiración pulmonar autónoma (Quintano). Hay quienes sostienen que lo decisivo es que la criatura haya salido totalmente al exterior, independientemente de que se le haya cortado el cordón umbilical o haya respirado (Gimbernat)⁽²⁾.

(1) Respecto del derecho a la vida, el Tribunal Constitucional ha declarado (STC 53/1985, fj 3) que «constituye el derecho fundamental esencial y troncal, en cuanto que es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible». Véanse también las SSTC 120/1990 (fj 8), 137/1990 (fj 6), 154/2002 (fj 10) y 32/2003 (fj 7).

(2) Este es el criterio llamado de la «percepción visual». La conducta resulta más reprobable si el autor mata a un ser que percibe directamente (caso del homicidio o infanticidio), que si causa la muerte a quien aún se encuentra en el claustro materno, pero sin que se haya establecido una relación visual inmediata (aborto): en el primer caso se precisa una mayor energía criminal que

El Tribunal Supremo español defendió en otro tiempo la respiración pulmonar autónoma del recién nacido como manifestación exacta del momento en que surge la vida (STS de 20 de mayo de 1975). Más recientemente, la jurisprudencia española se decanta por el inicio del parto para determinar el comienzo de la vida extrauterina. Muy clara al respecto es la STS de 22 de enero de 1999, en cuanto considera persona, y no feto, al ser humano ya formado cuyo nacimiento se ha iniciado⁽³⁾.

En el Derecho penal hondureño, a la vista de lo dispuesto por el artículo 126 del CP, que define el aborto como «la muerte de un ser humano en cualquier momento del embarazo o *durante el parto*», parece claro que la muerte de la criatura al «inicio del parto» y «durante todo el proceso del parto» habrá de considerarse aborto y no homicidio. El problema es determinar el momento final del parto. Tendremos que acudir a las teorías antes expuestas para decantarnos por alguna de ellas: total expulsión del feto; corte del cordón umbilical o respiración pulmonar autónoma, aunque a la vista de la protección que la Constitución hondureña otorga al concebido no nacido (a quien considera nacido para lo que le favorezca: art. 67 CH), lo más acertado sería fijar el final del parto en el momento de la total expulsión del feto, independientemente de que se le haya cortado el cordón umbilical o haya respirado autónomamente. Esta es la interpretación que mayor protección da al que está por nacer en los términos expuesto por la Constitución y también por el artículo 52 del Código Civil que ordena al juez tomar las providencias convenientes para proteger la existencia del no nacido.

b) La muerte

La protección de la vida humana termina con la muerte (si se atentara contra una persona sin vida nos encontraríamos ante el delito imposible del art. 16 del Código Penal). Tradicionalmente, el momento de la muerte se venía haciendo coincidir con la aparición de signos negativos de vida, tales como el cese de la respiración pulmonar autónoma o de la actividad cardiovascular y de los centros nerviosos centrales. Pero tales signos no son irreversibles (se puede seguir viviendo después de una respiración hecha boca a boca o de un masaje cardíaco). Modernamente, sobre todo a raíz de la difusión de los trasplantes de órganos, ha sido necesario delimitar normativamente el momento de la muerte.

en el segundo.

(3) Sigue este mismo criterio, señalando que la fase de dilatación y comienzo de la expulsión pone fin al estadio fetal, adquiriendo el ser la condición de persona, la STS de 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002\1787).

En Honduras, la Ley de Trasplante y Extracción de Tejidos Humanos (Decreto núm. 131/1982, de 11 de noviembre), determina la muerte de una persona, en función del cese de la actividad cerebral o «muerte cerebral» (art. 13). La comprobación de la muerte cerebral se basará en la constancia y concurrencia durante treinta minutos, por los menos, y en la persistencia seis horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos:

- a) Falta de percepción y respuesta a los estímulos adecuados.
- b) Ausencia de respiración espontánea.
- c) Ausencia de reflejos cefálicos con hipotonía muscular y midriasis.
- d) Electroencefalograma izoeléctrico, en ausencia de la hipotermia, que no se modifique con estímulo alguno.

B) Sujetos

Se distingue en los dos párrafos del precepto un tipo básico y un tipo cualificado o agravado por la cualidad del sujeto pasivo.

a) Sujeto activo y pasivo del tipo básico. Cualquier persona puede ser autor o víctima del delito de homicidio, sin más limitación que las derivadas del concurso de leyes⁽⁴⁾, cuyas reglas para seleccionar la norma aplicable se encuentran en el artículo 2A del Código Penal. Aun sin decirlo expresamente, también el artículo 116, en su primer inciso, establece un criterio de selección de la norma aplicable en caso de concurso de leyes: «Quien dé muerte a una persona *sin concurrir las circunstancias que se mencionan en los siguientes artículos del presente Capítulo*, comete el delito de homicidio simple». Es decir, el propio precepto señala implícitamente su carácter de tipo genérico, de aplicación subsidiaria frente a los tipos específicos que se mencionan en los siguientes artículos.

(4) No es siempre es fácil diferenciar el concurso de normas del concurso ideal de delitos. La solución, apunta la STS (Sala 2.^a) de 29 de octubre de 2003 (fj 3), «se encuentra en un criterio de valoración jurídica: si, ante una determinada conducta punible, su total significación antijurídica queda cubierta mediante la aplicación de una sola norma penal, nos encontramos ante un concurso de normas; pero si es necesario acudir conjuntamente a las dos para abarcar la total ilicitud del hecho, estamos ante un concurso de delitos».

También la STS (Sala 2.^a) de 29 de mayo de 2003 (fj 3) ofrece una delimitación de las diferencias entre una y otra figura: «El concurso aparente de normas se produce cuando una única acción, con relevancia penal, aparece tipificada aparentemente en varios preceptos del Código y sólo uno de ellos es de aplicación al recoger éste toda la antijuridicidad de la conducta con exclusión de los otros aparentemente concurrentes. El concurso ideal de delitos, por el contrario, *[se produce]* cuando una única acción realiza distintas tipificaciones que pueden concurrir según las normas del concurso, esto es, cuando una sola agrede varios bienes jurídicos no contemplados en una única norma».

Así pues, si el sujeto pasivo es un ascendiente, descendiente, cónyuge o persona con la que el sujeto activo haga vida marital, su muerte sería constitutiva del delito de parricidio (art. 118 del CP), por aplicación del criterio de especialidad (*lex specialis derogat lex generalis*), contenido tanto en el artículo 2A.1 como en el propio artículo 116, inciso primero, del CP. Ello es así porque el tipo del parricidio contiene las características generales del homicidio (matar a una persona) y otra más específica (la relación parental o marital entre el autor y su víctima). Un parricidio es también un homicidio y, si no estuviera específicamente tipificado en el Código Penal, podría ser castigado como homicidio: el parricidio, como tipo más específico, desplaza al homicidio, como tipo más genérico.

Del mismo modo, dar muerte a un Jefe de Estado o Jefe de Gobierno extranjero que se hallase en Honduras en carácter oficial sería un delito contra el derecho de gentes (art. 318 CP), de aplicación preferente, por su especialidad, sobre el homicidio. También el genocidio (art. 319, numeral 1, del CP) o el dar muerte al Presidente de un Poder del Estado (art. 322 del CP), son tipos preferentes al homicidio.

b) Sujeto pasivo del tipo cualificado. Si la víctima fuese autoridad judicial, policial, miembro del Ministerio Público, funcionario o empleado de Centros Penales y el homicidio fuese cometido con ocasión o en el ejercicio de su cargo o función, se agrava la pena que será entonces de 20 a 30 años de reclusión. Es decir, para que se produzca la agravación no sólo basta la cualidad del sujeto pasivo, sino que es necesario que el homicidio se cometa cuando se hallare ejerciendo las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. Hay aquí un plus de reprochabilidad de la conducta, en cuando no sólo se ataca la vida sino, en alguna medida, el ataque también se proyecta sobre la institución que representa.

Cuando la autoridad o funcionario se halla en el ejercicio de sus funciones, la identificación entre su persona y el órgano que representa es total. En el segundo caso, «con ocasión», no existe tal identificación, bastando con que el ataque se realice en atención a las funciones ya ejercidas o a las que van a realizarse. Es necesario, en fin, que el cargo o función que se va a desempeñar, que se está desempeñando o que ya se ha desempeñado, sea el *motivo* del homicidio.

C) La conducta típica

El homicidio consiste en «dar muerte» a otra persona. Se trata de un tipo «prohibitivo de causar». Lo que se prohíbe es la causación de la muerte, con independencia de cómo se produzca. De ahí que, a tal efecto, se admitan no solo los

medios materiales⁽⁵⁾ sino también los morales o psíquicos. Estos últimos son aquéllos que no operan directamente sobre el cuerpo de la víctima (piénsese, por ejemplo, en proporcionar un terrible sobresalto a una persona de edad avanzada con problemas cardíacos, con intención de provocar su muerte)⁽⁶⁾. La dificultad de estos casos, ciertamente anómalos, no radica en su admisibilidad como idóneos para constituir un delito de homicidio, sino en la acreditación de la relación de causalidad.

La problemática principal que suscita el verbo típico «dar muerte» se refiere a la posibilidad de cometer el delito por omisión y a la relación de causalidad.

a) Comisión por omisión

No hay problemas en admitir la comisión por omisión (art. 13.I del CP) del homicidio (delito impropio de omisión), siempre que concurren las siguientes condiciones: relación de causalidad y posición de garante con posibilidad de evitar el resultado.

1. *Relación de causalidad.* Es preciso que exista una relación de causalidad entre la omisión y la muerte, de manera que ésta no se hubiera producido de haberse realizado la actuación omitida⁽⁷⁾. La omisión ha de ser materialmente relevante para que pueda imputarse el resultado de muerte: es necesario afirmar que el sujeto al omitir, esto es, al «no hacer algo determinado», mata (principio de *equivalencia* o *equiparación* entre la omisión y la acción). Para aproximar lo más posible los criterios de la causalidad en la omisión y en la acción, se exige que la acción imaginada (omitida) hubiera impedido el resultado con certeza o, al menos, con una probabilidad rayana en la certeza. Como ejemplos pueden citarse la omisión de alimentar al niño de corta edad que no puede hacerlo por sí mismo, la de proporcionar una medicación vital a un enfermo que no puede suministrársela sólo, la de ligar el cordón umbilical al recién nacido, o la de echar las barreras en un cruce con ferrocarril al paso de un tren.

(5) Claro es que, determinados medios o modos ejecutivos, que caracterizan el asesinato, excluyen el homicidio.

(6) Es frecuente la cita de la STS español de 19 de junio de 1880, que declaró la existencia de nexo causal en la muerte de una anciana, por el susto que se llevó al ver que unos jóvenes entraban en su casa para robar.

(7) Aunque se hable de «causalidad de la omisión», en realidad la omisión no puede ser entendida como componente causal de ningún resultado. La causalidad exige la puesta en marcha de una fuerza desencadenante que, por definición, falta en la omisión puesto que «de la nada no proviene nada» (*ex nihilo nihil fit*).

La existencia de la relación de causalidad y la comprobación sobre la posibilidad de evitar el resultado, determinará si estamos realmente ante un homicidio por omisión, ante un delito de abandono de personas desvalidas o ante una omisión atípica. Veamos un ejemplo: un cirujano que, sin justificación alguna, deja de atender a un paciente en el proceso postoperatorio y éste fallece como consecuencia de una complicación. Si se puede establecer que la intervención positiva del cirujano habría evitado con seguridad o, al menos, con una gran probabilidad, la muerte del paciente, estaremos ante un homicidio por omisión; si tan sólo es posible afirmar que la intervención del cirujano hubiera sido capaz de disminuir el riesgo de muerte, pero sin la seguridad de evitarlo, nos encontraremos ante un delito de abandono de personas desvalidas (art. 139 del CP); y si, finalmente, pudiera afirmarse que la intervención del cirujano habría sido irrelevante, la conducta sería atípica.

2. *Obligación de actuar, deber de garantía o posición de garante.* Además, el autor de un homicidio por omisión ha de ser aquella persona que, frente al derecho, frente a la sociedad, era el garante de que la muerte no se produjera. Las dificultades surgen al determinar en virtud de qué criterios el derecho atribuye a una persona esa condición. En este sentido, la doctrina tradicional –seguida por el artículo 11 del CP español⁽⁸⁾– viene atendiendo a las fuentes formales del deber jurídico, manteniendo que la posición de garante o el deber específico de actuar puede proceder:

- a) De una disposición legal (la que regula las relaciones paternofiliales, por ejemplo).
- b) De una obligación contractual en sentido amplio, con la previa aceptación expresa o tácita del sujeto (el llamado «principio de asunción»). Ejemplo de ello son: el socorrista de una piscina, las niñeras o el personal de los colegios infantiles.
- c) De una conducta anterior, productora de una situación de peligro (el denominado actuar precedente o «principio de injerencia»). Cuando el omitente es quien ha generado una situación de riesgo para el bien jurídicamente protegido, mediante una acción u omisión precedente, contrae la obligación de neutralizar el peligro originado y mitigar las consecuencias lesivas. Por ejemplo, el que enciende un fuego, ha de tomar las precauciones oportunas para no provocar un incendio.

(8) Dice así: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción y omisión precedente».

b) La relación de causalidad

En cuanto a la causalidad, es necesario que medie una relación de causa a efecto entre la conducta del agente y el resultado muerte. Tal nexo causal se difumina cuando entre una y otra media un lapso de tiempo relevante o cuando concurre algún hecho colateral. Las distintas teorías causales son objeto de estudio en la Parte General, siendo las dos más importantes la de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non* y la de la causación adecuada.

La jurisprudencia de los Tribunales españoles parte de la teoría de la «equivalencia de las condiciones» en los procesos causales simples, es decir, en aquellos que no sufren la interferencia de otro curso causal, afirmando que «el que es causa de la causa es causa del mal causado» (STS de 6 de mayo de 1981). Pero, en los procesos causales complejos o concurrentes, modera dicha teoría para no llegar a extremos inaceptables (en una aplicación hasta el absurdo de la teoría de la equivalencia, respondería como homicida quien causa lesiones graves a otro sin riesgo letal, pero que fallece en un accidente de tránsito al ser trasladado en ambulancia al hospital).

La desmesurada extensión del concepto se ha tratado de mitigar fundamentalmente a través de la interrupción del nexo causal en virtud de un «accidente extraño». El criterio limitador de la causalidad es el de la *consecuencia natural*: la acción es causal cuando el resultado producido es su consecuencia natural. Para saber cuándo el resultado es o no consecuencia natural se distingue entre circunstancias *preexistentes*, *simultáneas* y *sobrevenidas*. Sólo las últimas excluyen la causalidad si se originan por un accidente extraño, que no tiene relación con el hecho cometido por el agente (por ejemplo, la conducta gravemente imprudente de la propia víctima o de un tercero). Fuera de estos casos, se afirma la causalidad si a la muerte coadyuvan circunstancias preexistentes (como la débil constitución física de la víctima, o la enfermedad que sufría antes de la agresión), o concomitantes (como el colapso cardíaco provocado por la excitación nerviosa, la infección provocada por el arma, la falta inmediata de atención médica, o incluso determinados errores no especialmente graves en la posterior asistencia médica).

D) Culpabilidad

El delito de homicidio admite las dos formas de imputación subjetiva: dolo y culpa. El legislador hondureño ha decidido tipificarlos por separado, de suerte que el que ahora nos ocupa (art. 116 del CP) exige dolo en la acción, mientras que el

homicidio culposo se regula en el artículo 121, que examinaremos más adelante. Los principales problemas que se nos plantean son los relativos al dolo eventual, a la acreditación del ánimo de matar (*animus necandi*) y a la cuestión del «homicidio preterintencional».

a) El dolo eventual

El ánimo homicida se cubre tanto con el dolo directo como con el dolo eventual (por lo demás, muy frecuente en este delito). En el homicidio doloso el autor sabe que mata a otra persona y quiere hacerlo (*dolo intencional*) o, por lo menos, se representa su muerte como una consecuencia inevitable de su acción (*dolo de consecuencias necesarias*). Para que concurra dolo eventual basta con que el autor haya previsto la muerte de otra persona como una consecuencia altamente probable de su acción (doctrina de la probabilidad o representación) o haya aceptado en última instancia que aquel resultado se produzca (teoría del consentimiento). Así, aunque no se persiguiera directamente, se acepta el resultado, al preferir la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias. No importa, por tanto, para la existencia de dolo eventual, que el autor no deseara el resultado o que tuviera la «esperanza» de que aquél no se produjera. Lo importante es que sea consciente del concreto y grave peligro generado por su acción y continúe adelante con la misma.

Algunos casos en que el Tribunal Supremo español ha estimado que concurría dolo eventual en el delito de homicidio, son los siguientes:

— Ocho disparos de dos escopetas con cartuchos de postas de 9 perdigones, hechos a corta distancia contra la parte delantera del vehículo conducido por la víctima, llegando a penetrar uno de los disparos por la luna delantera. STS de 24 de enero de 2005.

— Navajazo dirigido hacia el pecho de su víctima, con tal fuerza que atravesó parte del hueso del esternón y seccionó el corazón por el ventrículo derecho. STS de 3 de noviembre de 2004.

— Acusado que utilizando gasolina prende fuego a un almacén unido a una planta superior que era vivienda, haciéndolo cuando sus moradores estaban dormidos y alejándose del lugar el acusado, que estaba allí hospedado, sin avisar a persona alguna y sin hacer nada para sofocar o disminuir las consecuencias del incendio. STS de 24 de mayo de 2004.

— Colocación de coche bomba en el establecimiento Hipercor de Barcelona, en horario de apertura al público. Aunque se dio aviso, por parte de los terroristas, de la colocación del artefacto explosivo mediante tres llamadas telefónicas, éste se encontraba en el maletero de un coche aparcado y cerrado que no era fácil de localizar. STS de 2 de julio de 2004.

— Agresión por parte de cuatro personas jóvenes, mediante golpes, patadas y empujones, algunos de ellos dirigidos a la cabeza, que producen en la víctima un hematoma subdural (sangre venosa que afecta directamente al encéfalo) causante de su fallecimiento a los nueve días de producirse la agresión. STS de 2 de julio de 2004.

— Reiterados golpes a niña de 29 meses de edad, hasta que uno de superior intensidad en la cabeza le causa un coma profundo. STS de 19 de abril de 2004.

— Golpes brutales asestados en la cabeza de un señor de 79 años con una barra de hierro que ocasionaron su muerte. STS de 25 de marzo de 2004.

— Acusada que después de dar a luz a su hijo, deja al recién nacido en el interior de un contenedor de basura, volviendo a su casa para seguir haciendo vida normal. STS de 2 de febrero de 2004.

— Cuchillada en región abdominal derecha que perforó hígado y vesícula biliar, cabeza del páncreas y arteria esplénica. STS de 27 de febrero de 2004.

— Puñalada en la espalda, que penetra 2 cm. en espacio intercostal provocando hemoneumotórax. STS de 18 de febrero de 2004.

b) Ánimo de matar

El ánimo o intención de matar (*animus necandi*) es un elemento subjetivo del injusto, inaccesible si no es a partir de los actos de carácter objetivo que exteriorizan tal intención. Los actos precedentes, simultáneos y posteriores a la acción del agente, son datos que, valorados conforme a las leyes de la lógica y de la experiencia, servirán para acreditar si hubo o no ánimo de matar. Se trata, como dice la STS de 24 de marzo de 2005, de averiguar «mediante prueba inferencial, a falta de una confesión de intencionalidad patente del acusado, acerca de la existencia de *animus necandi* o *animus laedendi*, que presida su actuar». En palabras de la STS de 13 de octubre de 2004, «como esa indagación aparece dificultada, por pertenecer a lo más interno del hombre, al arcano de la conducta, hemos de deducirlo a través de los hechos que sí pueden ser apreciados por los sentidos, es decir, habrá de deducirse racionalmente de los hechos externos, anteriores, posteriores o coetáneos realizados por el agresor que permitan descubrir la intencionalidad del autor. Dedución que habrá de ser lógica y racional y debidamente exteriorizada por el juzgador en la motivación de la sentencia para posibilitar el conocimiento del camino deductivo empleado y facilitar, en su caso, la impugnación casacional».

Entre los múltiples signos externos que deben tenerse en consideración para determinar el ánimo de matar, una jurisprudencia pacífica (SSTS, entre otras muchas, de 5 de octubre de 2004 y 3 de febrero de 2005) señala los siguientes:

a) Los antecedentes de hecho y las previas relaciones entre el agresor y la víctima

- b) La clase de arma o instrumento utilizado y su capacidad vulnerante.
- c) La zona o zonas del cuerpo a que se haya dirigido la agresión, en especial si allí existen órganos vitales.
- d) La intensidad y persistencia del ataque, con el número de los golpes inferidos a la víctima.
- e) La actitud, gestos y expresiones vertidas por el autor durante el ataque y su reacción con posterioridad a los hechos.
- f) Las condiciones del lugar, tiempo y demás circunstancias conexas o concomitantes con la acción.
- g) La causa o motivación de la agresión.
- h) La entidad y gravedad de las heridas causadas.

Entre estos indicios, hay que considerar especialmente relevantes la naturaleza del arma o instrumento empleado y la zona del cuerpo atacada. De esta forma, un disparo con un arma de fuego dirigido a la cabeza, al cuello, o al tórax o región abdominal, han de calificarse como homicidio en grado de ejecución de tentativa, aunque finalmente las lesiones causadas pudieran ser de escasa entidad en el caso de que la bala no alcanzara plenamente el cuerpo, y provocara un rasguño o herida superficial.

c) Homicidio preterintencional

La preterintencionalidad aparece como circunstancia atenuante en el numeral 13 del artículo 26 del CP, y consiste en «no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo».

La exigencia de imputar el delito de homicidio a título de dolo o de culpa ha generado dudas respecto al tratamiento del llamado «homicidio preterintencional». Se trata de aquellos casos en que el sujeto activo tenía sólo intención de lesionar, y, con tal finalidad, utiliza un medio que no debía haber producido la muerte, pero ésta acontece por la concurrencia de otra causa (por ejemplo, cuando la víctima cae al suelo, a consecuencia de un puñetazo o de una bofetada, golpeándose contra el bordillo de la acera y falleciendo). No hay entonces ánimo de matar y no podría imputarse como homicidio a título de dolo, aunque quizás sí a título de culpa (estimando la existencia de un concurso ideal entre un delito o una falta de lesiones y un homicidio imprudente).

El legislador hondureño adopta la solución de tipificar expresamente este supuesto e imponer una pena rebajada con relación al homicidio doloso. Así, el artículo 120 del Código Penal establece: «Quien con el propósito de causarle lesiones a una persona produce su muerte cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionarla, será sancionado con la pena aplicable al homicidio

simple disminuida en un tercio».

E) Las formas imperfectas de ejecución

Nos encontraremos ante un homicidio en el grado de tentativa cuando el sujeto, con la intención de matar a una persona, realiza como señala el artículo 15 del Código Penal «actos inequívocos de ejecución», que debían haber producido la muerte, pero ésta no acontece por causas ajenas a la voluntad del agente. Es preciso que se realicen actos de ejecución típica (es decir que se dé principio a la conducta de matar), no siendo punibles actos preparatorios anteriores como planear el hecho, procurarse el arma u otros similares, teniendo en cuenta además que la proposición y la conspiración no están expresamente recogidos en el homicidio, tal como exige el artículo 17 del Código.

F) Concurso

Homicidio intentado y lesiones. Los diversos actos agresivos, dirigidos a ocasionar la muerte de la víctima, se integran dentro del delito de homicidio intentado, sin que se admita la existencia de concurso con las lesiones causadas con ocasión de ejecutar el homicidio intentado.

Homicidio e inhumación o traslado ilegal de cadáver. El concepto de inhumación ilegal (art. 190 del CP) ha sido entendido ampliamente, como cualquier acto dirigido a desprenderse del cadáver o feto con infracción de leyes o reglamentos, bien sea mediante enterramiento, bien mediante ocultación (pozos, cuevas, estercoleros, etc.) o bien con destrucción (p. ej., incineración). El tratamiento de esta infracción cuando ha sido precedida de un delito contra la vida ha de ser el del autoencubrimiento impune, en atención al principio de no exigibilidad de otra conducta. Sería paradójico exigir al homicida que para ocultar el cadáver o para trasladarlo solicitase los permisos legalmente exigibles.

Tenencia ilícita de armas y homicidio utilizando una pistola (concurso medial). No existe tal concurso medial, sino un concurso real (art. 35 del CP). La STS de 10 de diciembre de 2004 declara al respecto: «Aun en el caso de que pudiera entenderse que el empleo del arma de fuego fuera medio necesario para cometer el delito de homicidio, en ningún caso sería necesario que la pistola utilizada careciera de las licencias y permisos que legitimaran su tenencia por el acusado, por lo que la autonomía de las dos infracciones resulta palmaria con la consiguiente aparición del concurso real de delitos».

Amenazas y homicidio. Se trata de un concurso real. Sólo cuando las amenazas se produzcan simultáneamente a la acción homicida o inmediatamente

antes de la misma podrían entenderse absorbidas por el delito de homicidio. La STS de 5 de octubre de 2000, lo explica así:

El bien jurídico protegido por el delito de amenazas es la libertad de la persona y el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal, siendo un delito eminentemente circunstancial y de mera actividad con independencia del resultado. Si éste se produce da lugar a un concurso real y no a la absorción de las amenazas por el homicidio, como se pretende al final de este motivo, de forma subsidiaria y sin ninguna argumentación. Tal pretensión sólo podría prosperar en teoría, respecto a las amenazas simultáneas, o inmediatamente previas, a la conducta homicida, pero no cuando se realizan durante varios meses y se consumaron cuando fueron conocidas por la amenazada, como sucedió en el caso enjuiciado, lo que acredita, que el procesado tuvo durante esos meses el dominio de la acción de un mal futuro y posible, esencia del delito de amenazas, hasta el extremo que terminó por ejecutarlo, en la brutal forma que analizaremos en los motivos siguientes, y que de ninguna manera puede volatilizar su anterior comportamiento amenazante, merecedor de reproche autónomo e independiente del que corresponde al homicidio.

2. ASESINATO

De acuerdo con el artículo 117 del Código Penal:

Es reo de asesinato quien dé muerte a una persona ejecutándola con la concurrencia de cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. *Alevosía;*
2. *Con premeditación conocida;*
3. *Por medio de inundación, incendio, envenenamiento, explosión, descarrilamiento, volcamiento, varamiento o avería de buque u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos, siempre que haya dolo e intencionalidad; y,*
4. *Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.*

La pena por asesinato será de veinte (20) a treinta (30) años de reclusión, y cuando se cometiese mediante pago, recompensa o promesa remuneratoria, o se acompañase de robo o violación, la pena será de treinta (30) años a privación de por vida de la libertad.

Como se ve, el Código tipifica el asesinato como delito autónomo⁽⁹⁾, después

⁽⁹⁾ La doctrina se ha planteado el tema de la sustantividad del asesinato, es decir, si se trata de un homicidio cualificado o si es un delito autónomo. No es una mera cuestión dogmática, pues tiene consecuencias desde el punto de vista sustantivo como, por ejemplo, en lo relativo a la comunicabilidad entre partícipes de las circunstancias cualificadoras. Las razones que se alegan en favor de la sustantividad atienden no sólo a razones históricas y lingüísticas (su propio *nomen iuris*), sino, fundamentalmente, a argumentos criminológicos, que presentan el tipo de asesinato diferenciado del homicida. Las circunstancias en el artículo 117 están hasta tal punto incrustadas en la figura del delito de asesinato que han perdido su función individualizadora de la pena para

del de homicidio, mediante la enumeración de una serie de circunstancias escogidas del copioso elenco de las agravantes del artículo 27. Tales circunstancias no son meras agravantes genéricas, sino elementos constitutivos del delito, bastando la concurrencia de una sola para que pueda calificarse de asesinato.

Ahora bien, puede suceder que en la muerte de una persona concurren varias de las circunstancias del artículo 117. En tal caso, cualquiera de ellas puede tomarse para calificar esa muerte como asesinato y, las restantes, dejan de ser elementos constitutivos del delito para actuar como agravantes genéricas del artículo 27.

Comunes al homicidio son las cuestiones en torno al bien jurídico protegido (la vida humana independiente), los sujetos activo y pasivo del tipo básico, la causalidad y las formas imperfectas. Cabe resaltar que, en cuanto al sujeto pasivo del tipo cualificado del homicidio no tiene su correspondencia en el asesinato. Así, el asesinato de una autoridad judicial con ocasión o en ejercicio de sus funciones no tiene un tratamiento específico en términos de mayor pena, a diferencia de lo que sucede en el homicidio. En fin, si se da muerte a una autoridad de las mencionadas en el artículo 116.II, concurriendo las circunstancias del artículo 117, habrá que acudir a las normas sobre concurso de leyes del artículo 2.A.

Específica del asesinato es una rica problemática que pasamos a exponer a continuación, centrándonos en las circunstancias que constituyen elementos constitutivos del tipo.

A) Alevosía

Su definición legal se recoge en el artículo 27.2 del Código Penal:

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra la vida y la integridad corporal, empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido.

De acuerdo con esta definición, la alevosía se nos presenta como equivalente a cobardía, ya que la nota fundamental (aparte del aseguramiento de la ejecución), es el aprovechamiento de una situación de indefensión, y la falta por ello de riesgo para el sujeto activo al cometer su acción. El Tribunal Supremo español ha señalado reiteradamente con nitidez (por todas, STS de 22 de marzo de 2005) que la «esencia de la alevosía se encuentra en la eliminación de la defensa» (SSTS de 28 de enero

pasar a ser auténticos elementos integrantes de su estructura.

de 2004 y 17 de marzo de 2004), y que «el núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa» (STS de 19 de octubre de 2001); o bien «en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes» (STS de 13 de febrero de 2001).

Partiendo de esta idea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español distingue tres modalidades de alevosía⁽¹⁰⁾.

a) La llamada alevosía «proditoria», singularizada por el ataque «a traición y sobre seguro» y que incluye la asechanza, insidia, trampa, emboscada, celada, apostamiento, situaciones todas ellas en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera⁽¹¹⁾.

b) La alevosía súbita, inesperada o inopinada, llamada también «sorpresiva», en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. La víctima es sorprendida totalmente desprevenida, ya se encuentre de espaldas o incluso de frente⁽¹²⁾, gracias a lo repentino e inopinado de la agresión. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo

(10) Pueden verse, a título de ejemplo, las SSTs de 22 de enero de 2004 (RJ 2004\2171) y 22 de marzo de 2005 (RJ 2005\4049).

(11) Tal sería el caso del estrangulamiento, realizado por la espalda, sin que las pequeñas erosiones y arañazos que presentaba el acusado supongan una defensa real por parte de la víctima (su compañera sentimental). La STS de 4 de marzo de 2005 (RJ 2005\3071) dice a este propósito: «c) Que la víctima no se defendió se deduce del hecho significativo de que cuando se hizo la inspección ocular, la habitación en que se hallaba el cadáver estaba en perfecto orden, sin señal alguna de que hubiera habido lucha. Para entender que la hubo nada significa el dato de que el sujeto activo de la acción presentase algunos arañazos y erosiones, pues como ocurre en la mayoría de los casos en que se emplea la mecánica del estrangulamiento u otra parecida, la propia desesperación y el instinto de conservación de la víctima hacen que trate de defenderse del modo que puede, en este caso con las uñas, sin que ello signifique que este acto reflejo e instintivo pueda considerarse como verdadero y real acto defensivo. d) En cualquier caso, de toda la prueba se infiere que el ataque fue totalmente sorpresivo y no sólo a traición, como dos modalidades de la figura jurídica de la alevosía».

(12) Que el ataque cara a cara no excluye la alevosía lo pone de manifiesto, por ejemplo, la STS de 17 de febrero de 2005 (RJ 2005\3059). En el caso tratado, se había producido previamente una discusión y una pelea entre varios porteros o empleados de seguridad de una discoteca y un grupo de amigos con los que se encontraba la víctima. Terminada la pelea, y cuando la víctima esperaba para introducirse en el vehículo y abandonar el lugar, se acercó corriendo al mismo el acusado, que le asestó con la navaja que llevaba en la mano, de manera sorpresiva y sin que tuviera posibilidad de reaccionar y defenderse, una puñalada que le perforó el corazón y le causó la muerte.

que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible⁽¹³⁾.

c) La alevosía de desvalimiento (que roza el abuso de superioridad), en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de personas desvalidas por su edad (ancianos, niños), por su invalidez física o psíquica (enfermos graves), o por estar en estado de inconsciencia (personas ebrias en fase letárgica o comatosa, drogadas, dormidas o privadas de conocimiento)⁽¹⁴⁾.

(13) Dice la STS de 26 de mayo de 2004 (RJ 2005\4018) que «esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso y sin que haya ocurrido nada que indique la proximidad de la agresión de forma que quepa una posible defensa frente a la misma».

Es de tener en consideración que una discusión previa entre agresor y víctima no supone necesariamente que ésta haya de prever una agresión mortal. Así, por ejemplo, la STS de 30 de marzo de 2005 (RJ 2005\3305) advierte que hubo ataque alevoso porque la breve discusión con la víctima no hacía prever, en modo alguno, el fatal desenlace posterior: «disparó tres arpones a la cabeza de su acompañante, a una corta distancia y desde una posición trasera o, al menos, lateral, a juzgar por la ubicación de los impactos, produciéndose incluso los dos últimos cuando el agredido yacía ya caído en el suelo». En esta misma dirección, la STS de 10 de febrero de 2003 (RJ 2003\2438), afirma: «existe compatibilidad de la alevosía con una discusión previa cuando uno de los contendientes no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que vaya más allá de la confrontación verbal y se deslice hacia una agresión desproporcionada que coja de sorpresa al acometido (sentencias de 16 octubre 1993 [RJ 1993\7779], 28 octubre 1996 [RJ 1996\7757] y 23 diciembre 1998 [RJ 1998\10396])».

No elimina la alevosía el hecho de que el acusado yerre su primer disparo súbito e inesperado y sí alcance con el segundo a la víctima; no por ello la víctima puede ya reaccionar intentando huir o agacharse. La STS de 31 de mayo de 2004 (RJ 2005\2841) es muy clara al respecto: «Esta tesis no deja de ser sorprendente ya que, en cierto modo, carga sobre la víctima su falta de reflejos ante un ataque súbito e inesperado realizado con un arma de fuego desde el interior de un automóvil en el que ella había montado confiadamente por sus relaciones con el acusado. La alevosía no desaparece por el hecho de que la persona que realiza el disparo yerre su primer impacto y acierte en el segundo. Sostener esta tesis sería tanto como admitir que una vez realizado el primer acto homicida, que por impericia del autor no alcanza su objetivo, la víctima se convierte en un ser perfectamente apercebido y en condiciones de haber frente a una agresión imprevista que trata de asegurar el resultado mortal. El propósito homicida y la ventaja que proporcionaba al acusado su posición y su taimada conducta, convierte a toda su acción en un acto que impide cualquier posibilidad de defensa eficaz, por lo que necesariamente, nos encontramos ante un supuesto de alevosía que puede ser explicado fácilmente sin acudir a elucubraciones dogmáticas».

(14) La jurisprudencia del Tribunal Supremo español es tajante al respecto, y ha apreciado la alevosía, por ejemplo, en los siguientes casos:

a) Niña de tres años a la que el asesino reiteradamente golpea hasta que uno de los golpes, de superior intensidad en la cabeza, le causa un coma profundo. STS de 19 de abril de 2004 (RJ 2004\2819).

b) Bebé de poco más de un mes, vilmente maltratado por sus padres (presentando, entre otras,

La delimitación conceptual realizada, más teórica que práctica, no supone un encasillamiento impermeable entre las diversas modalidades comisivas que impida hallar elementos configurativos de un tipo de alevosía en otro. Así, por ejemplo, la naturaleza sorpresiva de la alevosía, reseñada en segundo lugar (letra b), es perfectamente predicable del primer supuesto (letra a), pues si el agresor se oculta en lugar adecuado para agredir a la víctima, es indudable que su acción constituirá un ataque sorpresivo, por inesperado, para dicha víctima⁽¹⁵⁾. Bien claro nos dice la STS de 24 de mayo de 2004:

La esencia de la alevosía, como es sabido, es la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima, en sus tres clásicas formulaciones de proditoria o traicionera, sorpresiva, y por desvalimiento. Su triple delimitación no son espacios de la agravante divididas en compartimentos estancos, sino que son permeables como expresiones todas ellas del mismo hecho de la indefensión. Ejemplo paradigmático de desvalimiento es que la víctima esté dormida (SS. 6 de marzo de 1996, 11 de marzo de 1996, 28 de febrero de 1998, 22 de enero de 2004 y 10 de marzo de 2004).

múltiples fracturas costales y del fémur, lesiones hemorrágicas y traumatismos craneales que, de no haber sido intervenidos quirúrgicamente con urgencia, hubieran acabado con su vida). STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005\2198).

c) Cuando la víctima estaba durmiendo o adormilada en la cama. SSTS de 25 de marzo de 2004 (RJ 2004\2302), 24 de mayo de 2004 (RJ 2004\7810) y 27 de enero de 2005 (RJ 2005\1632)..

d) Muerte por estrangulamiento de un disminuido físico que tenía amputadas ambas piernas y que se encontraba ebrio. STS de 14 de junio de 2004 (RJ 2005\2299).

e) Hachazos en la cabeza a un disminuido físico (atrofía de extremidades inferiores, que le obligaban a caminar con muletas o bastón): ni la presencia de amigos de la víctima ni las lesiones que la víctima se causa al intentar parar los golpes suponen una posibilidad real de defensa. STS de 29 noviembre de 2004 (RJ 2005\461).

- (15) Un caso en el que el Tribunal Supremo español estimó que concurría alevosía «proditoria» y también «sorpresiva» fue el siguiente (STS de 22 de marzo de 2005, RJ 2005\4049): El acusado y la víctima (una pareja ecuatoriana) volvían juntos a la vivienda y al llegar al portal del inmueble, muy estrecho, la agarró del cuello y la empujó hacia el interior para, acto seguido, con un cuchillo que portaba de unos once centímetros de hoja, y con propósito de acabar con la vida de ella, la cogió por el pelo arrojándola contra el suelo y le asestó aproximadamente veintiuna puñaladas alcanzándole varias de ellas en el tórax izquierdo dirigidas al corazón y otros órganos vitales, al tiempo que la víctima daba voces y pedía ayuda. Pues bien, debido a la estrechez del pasillo y que se hallaba a oscuras, la víctima no tenía posibilidad de escapar del ataque del agresor, máxime cuando desde la puerta de la entrada hasta la escalera no había acceso a ningún desvío; además le agredió nada más entrar en el inmueble y durante el curso de la agresión le puso una rodilla sobre el pecho inmovilizándola por completo para limitar las posibilidades de la víctima de pedir auxilio. El ataque fue súbito, inopinado e imprevisto, eliminando cualquier posibilidad de defensa, por lo que concurren los requisitos de la alevosía sorpresiva y también los de la alevosía proditoria, al elegir un lugar apropiado para que la víctima no tuviera posibilidad alguna de defenderse.

La alevosía es una circunstancia mixta, objetivo-subjetiva, porque exige tanto la concurrencia de elementos objetivos (ejecución del hecho con modos, medios o formas que aseguren el resultado), como subjetivos (intención del sujeto activo de evitar el riesgo que provenga de la posible reacción defensiva de la víctima). El autor ha de proponerse esa finalidad, que queda cubierta por el dolo, incluso eventual⁽¹⁶⁾, independientemente de que la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo, se haya *creado* o *buscado* de propósito, o sólo se haya *aprovechado* de ella en el momento de ejecutar la acción (p. ej., STS de 22 de marzo de 2005)⁽¹⁷⁾.

Concretamente, la STS de 10 de febrero de 2005 afirma: «En todos estos supuestos existe una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela, en este modo de actuar un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo), y también una mayor antijuridicidad por estimarse más graves y más lesivos para la sociedad este tipo de comportamientos en que no hay riesgos para quien delinque (fundamento objetivo)». Por su parte, la STS de 18 de febrero de 2004 pone de relieve «la particular significación que tiene el dolo en esta forma peculiar de asesinato, al ser necesario que el conocimiento y la voluntad del autor del delito abarque no sólo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues el sujeto ha de querer el homicidio y ha de querer también realizarlo con la concreta indefensión de que se trate, requisito que ha de concurrir en este delito como en cualquier otro de carácter doloso, que aparece recogido en el texto legal con la expresión “tiendan directa y especialmente

(16) La circunstancia específica de alevosía es compatible con el dolo eventual, de acuerdo con una jurisprudencia amplia y constante de la Sala de lo Penal del tribunal Supremo español, sostenida por sentencias recientes, aunque la cuestión es ardua y ha sido debatida y cuestionada en algunos pronunciamientos de la propia Sala (STS de 24 de mayo de 2004). Han afirmado la compatibilidad, entre otras, las sentencias de 20 de diciembre de 1993, 21 de enero de 1997, 21 de junio de 1999, 4 de junio de 2001, 31 de octubre de 2002 y 20 de enero de 2003. En la misma línea la sentencia de 3 de junio de 2002, estableció que «en el delito de asesinato alevoso el dolo eventual respecto del resultado es suficiente para la realización del tipo» (fj 2). La definición legal de la alevosía hace referencia a asegurar la indefensión, como recordaba la sentencia citada de 21 de junio de 1999 que estimó la existencia de la agravante con independencia de que el autor «tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara como consecuencia de su acción y no se haya producido el resultado de la muerte por la rápida intervención facultativa». La doctrina de la sentencia de 21 de junio de 1999 es reiterada, con mención expresa y reproducción textual del párrafo transcrito, por la sentencia de 31 de octubre de 2002.

(17) No es imprescindible, por tanto, que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución sino que es suficiente que se aproveche, en cualquier momento y de forma consciente, de la situación de la víctima, así como la facilidad que ello supone. SSTS 9 de marzo de 1993 (RJ 1993\2163), 8 de marzo de 1993 (RJ 1993\1992), 26 de junio de 1997 (RJ 1997\4981), 26 de abril de 2002 (RJ 2002\6368), 25 de noviembre de 2003 (RJ 2004\10) y 24 de mayo de 2004 (RJ 2004\7810).

a asegurarla”».

Es admisible la llamada «alevosía sobrevenida», cuando la dinámica de ejecución de los hechos comienza sin la concurrencia de dicha circunstancia, pero acaba, por ejemplo, con un ataque a traición o por sorpresa (piénsese en un enfrentamiento previo, cara a cara sin armas, y cuando la agresión ha cesado y la víctima está confiada, el autor aprovecha para apuñalarla por la espalda). No hace falta para calificar los hechos como asesinato que se realicen en fases ejecutivas estrictamente separadas, lo único que se precisa es poder diferenciar el episodio no alevoso del alevoso. La STS de 24 de febrero de 2004 señala, respecto de la alevosía sobrevenida, lo siguiente:

[...] se produce en ciertos casos aun cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente esta agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanuda aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima (véanse SSTs de 3 de diciembre de 1993, 15 de diciembre de 1986, 12 de julio de 1991, 15 de febrero de 1993, o 20 de septiembre de 1999). Doctrina ésta confirmada por otras resoluciones más recientes (28 de abril de 1997, 29 de diciembre de 1997, 1 de octubre de 1999) según la cual, tal alevosía sobrevenida surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta a la anteriormente realizada.

Hay que distinguir la alevosía del abuso de superioridad, recogida como agravante genérica en el artículo 27.7 del CP («abusar de superioridad o emplear medios que debiliten la defensa»). Se considera esta agravante como una alevosía de segundo grado o menor, caracterizada por el debilitamiento de las posibilidades de defensa de la víctima en virtud de una superioridad personal, instrumental o medial del agresor o agresores, sin llegar a anular o a eliminar por completo la posibilidad de defenderse o de huir del lugar de los hechos. La STS de 10 de diciembre de 2004 indica:

La circunstancia agravante de abuso de superioridad precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora derivada de cualquier circunstancia, bien en relación a los medios empleados (superioridad medial), bien en relación a la pluralidad de atacantes (superioridad personal); b) Que esta superioridad produzca una disminución notable de las posibilidades de defensa de la víctima, sin que las elimine, pues aquí está la diferencia con la alevosía; c) Que el sujeto activo conozca y se aproveche del desequilibrio de fuerza existente a su favor, lo que constituye elemento subjetivo; y d) que esa superioridad no sea inherente al delito ni por tanto constituya uno de sus elementos típicos, no debiendo de ser la única forma de consumarlo.

La apreciación de la alevosía o del abuso de superioridad se hará atendiendo a las circunstancias concurrentes, infiriendo de las mismas el dolo del autor. Apreciar abuso de superioridad –como agravante genérica– en vez de alevosía, lleva a calificar los hechos como un homicidio simple, con las importantes consecuencias

penológicas que ello supone. La STS de 23 de marzo de 2004 señala:

La alevosía es una circunstancia esencialmente objetiva caracterizada por la especial facilidad de la comisión del delito mediante el empleo en su ejecución de medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, de forma que el deslinde de esta circunstancia que califica el asesinato con la agravante ordinaria de abuso de superioridad, difícil en muchas ocasiones, debe ser analizado cuidadosamente caso a caso, por cuanto se trata de determinar, a la luz de las circunstancias concurrentes, si la defensa por parte de la víctima ha sido eliminada en base a los medios, modos o formas empleadas o por el contrario solamente se ha debilitado o disminuido, en el entendimiento desde luego que esta última alternativa no puede ser simbólica sino dotada de un mínimo de efectividad. El elemento subjetivo a que se refiere la jurisprudencia existirá siempre que la acción se ejecute conscientemente, no siendo desde luego exigible un ánimo específico o duplicado del propósito del agresor, es decir, la acción alevosa realizada conscientemente implica ya el ánimo de conseguir el resultado sin riesgo para su autor .

La alevosía es compatible con la premeditación (STS de 5 de diciembre de 1996), pero absorbe el veneno.

En relación con las atenuantes, la alevosía es compatible con la eximente incompleta de enajenación mental o trastorno mental transitorio. Es pacífica y numerosa la jurisprudencia que mantiene tal postura. Valga como botón de muestra la STS de 10 de febrero de 2003:

Aunque esta Sala viene sosteniendo que la alevosía exige, además del elemento objetivo (empleo de medios, modos o formas), otro elemento subjetivo (es decir, que aquellos medios, modos o formas sean conocidos y queridos por el agente, que los busque o los aproveche), también lo es que tal exigencia, de carácter subjetivo, no se opone a la existencia contemporánea de estados psíquicos o curso de los sentimientos que alteran la normalidad o el equilibrio de la mente y/o de la voluntad. La compatibilidad de la alevosía con el trastorno mental transitorio, ha sido mantenida por esta Sala, pues la perturbación psíquica peculiar de tales estados no impide la elección de medios o el aprovechamiento de la ocasión, siempre que el agente posea el suficiente grado de conciencia y lucidez para captar el alcance de los medios o instrumentos empleados y de la forma de agresión.

Respecto a la embriaguez, nos dice la STS de 24 de febrero de 2004 que «es constante y pacífica la doctrina que determina la compatibilidad con la alevosía, así como de ésta con cualquier situación de merma parcial de las facultades intelectivas o volitivas». Y la STS 4 de febrero de 2000, señala:

La compatibilidad de la alevosía con cualquier estado de perturbación anímica ha sido afirmada cuando el agente mantenga el suficiente grado de conciencia y lucidez para captar el alcance del medio empleado, la forma de agresión o el aprovechamiento de esos medios y formas de los que hace uso, pues la perturbación psíquica, que afecta a la capacidad de acción y a la motivación, no impide la elección de medios, modos o formas en la ejecución si el sujeto mantiene su voluntad e inteligencia en la acción que realiza.

En lo atinente al arrebató u obcecación⁽¹⁸⁾, también es compatible con la alevosía y así lo estimó, por ejemplo, la STS de 10 de marzo de 2004, respecto de la agresión alevosa a quien creía el acusado que había participado en una violación contra él. Por el contrario, la STS de 2 de marzo de 2004 consideró que no cabía apreciar tal atenuante respecto del llanto insistente de bebé que empujó a su cuidadora a asfixiarle hasta casi matarle, al existir una notoria desproporcionalidad entre el estímulo y la reacción⁽¹⁹⁾.

La jurisprudencia ha negado la concurrencia de alevosía cuando median provocaciones o amenazas serias del ofensor respecto a la víctima. Un caso ejemplificativo es el de la STS de 23 de octubre de 1995:

Entendemos que un ataque frontal como el aquí examinado, que venía precedido de unas amenazas de muerte por parte de quien afirmaba disponer de un arma de fuego, que fueron reiteradas en varias ocasiones en los últimos días, la última de ellas esa misma mañana, aunque pudiera calificarse de súbito e inesperado desde la perspectiva del ofendido, no puede ser considerado como alevoso, porque la indefensión que pudo existir en el sujeto pasivo no derivó de la forma de actuar del sujeto activo.

En efecto, el agresor en todo momento dio la cara y mostró cuáles eran sus propósitos a través de las amenazas anteriores al hecho. El que, por su temperamento valiente y confiado, no se las creyera el agredido, es algo que no cabe achacar al modo de actuar del primero.

(18) Recuérdese que el arrebató comporta una «situación pasional que emocionalmente lleva al paroxismo»; y la obcecación conlleva la «persistencia y la prolongación de la explosión pasional» (SSTS de 10 de octubre de 1997 y 24 de febrero de 2004). Y, como señala la STS de 22 de marzo de 2005, con cita de numerosa jurisprudencia, el fundamento de la atenuante de arrebató u obcecación se encuentra «en la disminución de la imputabilidad (o de las facultades volitivas e intelectivas) que se pretende por la ofuscación de la mente y de las vivencias pasionales determinados por una alteración emocional fugaz (arrebató) o por la mas persistente de incitación personal (obcecación), pero siempre produciéndose por una causa o estímulo poderoso».

Respecto a los celos, las SSTS 3 de julio de 1989 y 14 de julio de 1994, distinguen entre la celopatía, inserta en el síndrome paranoico y la celotipia, como reacción vivencial desproporcionada, lo que puede dar lugar a la apreciación del trastorno mental transitorio completo o incompleto, según su intensidad, en el caso de celopatía y de la atenuante pasional simple o cualificada, también según su intensidad, en el de la celotipia.

(19) Para que concurra la atenuante de arrebató u obcecación, son necesarios los siguientes requisitos jurisprudenciales, según recuerda la STS de 2 de marzo de 2004:

a) Sentencia 256/2002, de 13 de febrero: La actividad de los impulsos ha de ser debida a circunstancias rechazables por las normas socioculturales de convivencia.

b) Sentencia 218/2003, de 18 de febrero: Para la apreciación de esta atenuante es exigible la proporcionalidad, «lo que significa que el exceso de la reacción impide la estimación de la disminución de la imputabilidad, de forma que no cabe la misma cuando se trate de una respuesta desproporcionada».

c) Sentencia 907/2003, de 20 de junio: La concurrencia de esta circunstancia exige que la misma sea provocada por un estímulo de la suficiente entidad para justificar razonablemente la respuesta ilícita, con un cierto grado de proporcionalidad.

En conclusión, el ataque no fue alevoso, aunque la víctima, por su concreta situación psicológica, no se lo esperara.

B) Con premeditación conocida

Tradicionalmente se ha considerado su razón de ser en una mayor intensidad del propósito criminoso, revelada por la frialdad de cálculo y la perseverancia en la voluntad antijurídica y por hacer más difícil la defensa de la víctima, refiriéndose la jurisprudencia española a un «plus de perversidad» (STS de 25 de abril de 1985). Su esencia jurídica consiste en crear un plan para luego ejecutar el crimen (SSTS de 30 diciembre 1946 y 25 de octubre de 1996). No es infrecuente que la premeditación genere, a su vez, una situación alevosa, concurriendo ambas circunstancias en la ejecución del asesinato⁽²⁰⁾.

a) Premeditación

Según ha destacado la jurisprudencia española⁽²¹⁾, la premeditación requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

a) El ideológico, inmerso en el pensamiento del agente. Tras un proceso de deliberación, más o menos largo, adopta y asume la irrevocable decisión de cometer el delito. Supone, pues, una madura reflexión o profunda deliberación en la acción, coincidiendo con la definición del diccionario de la lengua española: «pensar reflexivamente una cosa antes de realizarla».

b) El cronológico, que requiere el mantenimiento durante cierto tiempo, más o menos duradero, pero lo suficientemente perceptible como para acreditar el plus de culpabilidad que se deriva de la maldad que tal conducta refleja. Ha de darse un lapso de tiempo «apreciable»⁽²²⁾, durante el cual se persiste en llevar a cabo la

(20) La STS de 5 de diciembre de 1996 avaló la condena por asesinato, con alevosía, premeditación y nocturnidad. Dice así: «Se buscó y logró, a partir del acecho, el ataque sorpresivo que pondría fin a la vida del contrario, sin darle la menor oportunidad de defensa o reacción. Se acaricia el plan criminal durante días, con persistencia y preparativos que, tal y como se encuentran recogidos en el relato fáctico, excluyen la menor duda sobre la concurrencia de esta agravante [...]. La nocturnidad fue también escogida y aprovechada para ocultar la presencia propia, facilitar el ataque y la huida: estaba iluminada la zona donde se encontraría la víctima, pero no aquella donde se había apostado el agresor». En este caso, la alevosía sirvió para calificar el asesinato, operando la premeditación y nocturnidad como agravantes genéricas.

(21) SSTS de 26 de febrero de 1991, 18 de septiembre de 1992, 6 de mayo de 1996, 17 de junio de 1993 y 23 de octubre de 1998, entre otras.

(22) Como bien indica la STS de 28 de noviembre de 1996, «no ha habido, ni hay, exigencia

acción delictiva⁽²³⁾.

c) El elemento psicológico que significa, ya dentro de lo puramente intencional, la calma y frialdad de espíritu con que la decisión se manifiesta y se ejecuta, con pleno conocimiento de cuanto se está maquinando. En definitiva, es necesario que concorra reflexión con serenidad de ánimo durante cierto tiempo, destacando algún autor clásico italiano como Carrara que la esencia está en «el ánimo frío y tranquilo».

Los requisitos los resume muy bien la STS de 23 de octubre de 1998: «un elemento ideológico, esto es una deliberación reflexiva y resolución firme de realizar el delito, un elemento cronológico, es decir, una cierta persistencia en el tiempo, otro psicológico o anímico que consiste en una cierta frialdad en el obrar»⁽²⁴⁾.

Precisamente porque la jurisprudencia ha exigido que en todo caso se requiera reflexión con frialdad de ánimo, la premeditación no es compatible con los delitos que se producen como consecuencia de estados pasionales (STS de 23 de octubre de 1998), toda vez que son lo más opuesto al ánimo desapasionado de la premeditación (STS de 25 de octubre de 1996). La STS de 18 de septiembre de 1992 afirmó, al respecto, que la frialdad de ánimo, la serenidad y el cálculo reflexivo y perseverante mal pueden conciliarse con la convulsión, la desestabilización, la sobreexcitación y, en suma con la alteración transitoria de la razón.

b) Conocida

concreta por lo que al transcurso del tiempo atañe, pero lejos quedaron las seis horas establecidas en la *Bula de Clemente XII In supremo justicia e solio*, de manera que caben por igual el lapso de más de una hora que los períodos superiores al año (sentencias de 31 de noviembre de 1871 y 29 de agosto de 1907)».

- (23) A título de ejemplo, la STS de 23 de octubre de 1998 estimó que «el escaso tiempo transcurrido, menos de hora y media y casi todo él en presencia del que se suponía ofensor, no comporta un tratamiento hiperreflexionado y no ha permitido que la razón serena y libre de presiones psíquicas pueda anteponerse al propósito criminal».
- (24) La STS de 19 de marzo de 1997, confirmó la calificación de asesinato por la concurrencia de premeditación de un caso en el que el autor de los hechos (un interno de un centro penitenciario que decapitó a otro), tras decidir acabar con la vida de su víctima, se procuró con notable antelación el arma blanca homicida -que ocultó cuidadosamente- y consiguió la colaboración de otros internos -a los que simplemente dijo que pretendía un «ajuste de cuentas»- para reducir a los funcionarios de la prisión con unos pinchos de fabricación casera, de los que se habían previsto previamente. De este modo, dejaron libertad de movimientos al agresor, que hubo de forzar la puerta exterior de la celda de la víctima, a la que apuñaló reiteradamente causándole la muerte y luego decapitó. Hubo, pues, decisión firme de matar, búsqueda de los medios adecuados y de las colaboraciones precisas a tal fin, persistencia en el propósito durante todo ese tiempo, y culminación de la acción proyectada.

El Código Penal no se limita a señalar como circunstancia relevante la premeditación (que ni siquiera llega a definir), sino que la califica con el término «conocida». Para que la premeditación sea «conocida», necesariamente habrá de traslucirse a través de signos externos, reveladores y expresivos de las cogitaciones (es decir, del pensar) y voliciones (esto es, del querer) del sujeto (SSTS 12 mayo 1992, 6 de octubre de 1995 y 23 de octubre de 1998). La STS de 10 de febrero de 1997, identifica el calificativo «conocida» con «notoria y perfectamente detectable».

Ello comporta «una interpretación restrictiva al exigir una inequívoca exteriorización» (SSTS 23 de octubre de 1998 y 19 de diciembre de 1993); ha de estar, por tanto, nítidamente acreditada. El hecho probado tiene que expresar con toda claridad y sin ninguna duda cuándo se tomó la decisión con calma y serenidad de espíritu, tras un proceso de deliberación; de lo contrario, como destaca la STS de 26 de febrero de 1991, faltaría el requisito de conocimiento de la premeditación. Se ha negado cuando la decisión se forja en la discusión previa -STS de 17 de junio de 1991- que añade que premeditar es más que meditar y que además se exige que sea conocida.

Cuando los indicios sean equívocos, la indeterminación del momento en que surge la intención de matar hace imposible la estimación de esta circunstancia, como ha recogido la STS 307/1996, de 11 abril.

Se trata de una circunstancia muy criticada por la doctrina. El Código Penal español de 1995 eliminó la premeditación tanto del catálogo de las agravantes genéricas como de las específicas del asesinato, «siguiendo con ello un camino marcado por la dogmática mayoritaria que estimaba que en toda acción delictiva existe un previo proceso deliberativo, más o menos extenso, e intenso que constituye una manifestación del dolo necesario para incriminar una determinada conducta, por lo que resulta redundante valorarlo además como una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal» (STS de 22 de febrero de 1997).

C) Por medio de inundación, incendio, envenenamiento, explosión, descarrilamiento, volcamiento, varamiento o avería de buque u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos, siempre que haya dolo e intencionalidad

Las circunstancias enunciadas hacen referencia no sólo a la especial forma de operar del sujeto activo sino, además, a la puesta en peligro de otros bienes jurídicos, pues la norma se refiere al empleo de medios susceptibles de ocasionar grandes estragos (daños que arrasan, destruyen, asolan, arruinan).

Sólo deben incluirse aquí las muertes causadas «por medio de» cualquiera de las acciones señaladas, y no las producidas «con ocasión de»⁽²⁵⁾. Algunos de estos medios constituyen ya de por sí delitos autónomos (p. ej., los delitos de incendios y estragos de los arts. 256 a 259 del CP), planteándose situaciones concursales que habrán de solucionarse aplicando el delito que tenga señalada mayor pena (art. 36 del CP).

En cuanto al dolo, la jurisprudencia española admite el dolo eventual para conformar este asesinato. La STS de 24 de mayo de 2004 examinó el siguiente caso: el acusado, utilizando gasolina, prendió fuego a un almacén unido a la planta superior, que era vivienda, haciéndolo cuando sus moradores estaban dormidos y alejándose del lugar, sin avisar a persona alguna y sin hacer nada para sofocar o disminuir las consecuencias del incendio. Dice el Alto Tribunal (fj 6.3):

El dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo pues ambas modalidades –como ha declarado esta Sala en muchas ocasiones– carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales, pues, en definitiva, «todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada del menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción» (SS. de 14 de mayo de 1999 y 1394/2001, de 10 de julio).

Esta Sala ha considerado –y aplicado– en muchas ocasiones, la doctrina de la representación y la del consentimiento y ha afirmado y reiterado en los últimos años que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo, actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima.

La citada STS de 24 de mayo de 2004, reconoce que, en este caso, «de los hechos probados no se deduce con racional certeza la intención directa de matar, pero se infiere con lógica que el acusado conocía suficientemente el grandísimo peligro generado por su acción, que ponía en grave riesgo la vida de dos personas, prefiriendo de manera consciente la ejecución peligrosa del incendio a la evitación de sus posibles consecuencias». Y concluye (fj 7):

No puede afirmarse, con total seguridad, la intención de matar con dolo directo, pero sí la existencia de dolo eventual de acuerdo con la doctrina antes expuesta en el fundamento sexto, punto tres, de acuerdo con las diversas circunstancias que concurrieron: a) por razón del lugar

(25) No se consideró asesinato el siguiente hecho: los acusados, tras golpear reiteradamente a un vagabundo lo arrojaron desde un primer piso a un patio y, más tarde, uno de ellos tiró al mismo lugar un colchón ardiendo que le impedía el paso, dándose cuenta de que había caído encima del vagabundo; también el otro acusado se percató de ello al oír los gemidos de la víctima. Pese a todo, se marcharon del lugar, muriendo el mendigo varios días después a causa de las quemaduras. STS de 25 de abril de 1988.

(almacén unido a la planta superior, que era la vivienda de sus anfitriones en la que se encontraban; b) de tiempo (tres de la madrugada cuando los dueños de la vivienda estaban dormidos; c) de medio empleado (gasolina sobre materia sumamente inflamable y d) de actitud subjetiva del incendiario (que desaparece del lugar y huye sin hacer nada ni avisar a nadie para intentar sofocarlo o disminuir la magnitud de sus efectos, que sólo en lo material se evaluaron en más de un millón doscientos mil euros según la detallada relación de los hechos probados)⁽²⁶⁾.

Por lo que atañe al veneno, como medio utilizado para ocasionar la muerte de una persona, ha sido reputado ancestralmente como merecedor de una especial reprochabilidad social por la perversidad que demuestra el empleo de un instrumento tan insidioso y cobarde contra el que no cabe normalmente una reacción defensiva (STS de 10 de febrero de 1995). De ahí que se haya considerado tradicionalmente como uno de los medios alevosos por excelencia.

Originariamente, su inclusión como medio de cometer asesinato se encontraba en la intención de evitar el envenenamiento de las fuentes públicas; ámbito en el que su utilización podía ocasionar estragos. En los demás supuestos, es decir, en los de utilización no catastrófica del veneno, su empleo queda siempre absorbido dentro de la alevosía, por lo que su mantenimiento resulta superfluo⁽²⁷⁾; y a la misma solución

(26) Ha de recordarse que el Tribunal Supremo español ha reiterado, a propósito de la alevosía, que el dolo eventual respecto del resultado es suficiente para la realización del tipo (STS de 24 de mayo de 2004). La STS de 21 de junio de 1999, estimó la existencia de la agravante con independencia de que el autor «tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara como consecuencia de su acción y no se haya producido el resultado de la muerte por la rápida intervención facultativa», que es lo mismo que lo ocurrido en el caso que se juzga en el presente recurso pues el posible y aceptado resultado letal se impidió, en último término, por la actuación de los funcionarios públicos –policías y bomberos como ya se dijo– que los rescataron. De ahí que, en el caso mencionado, el Tribunal Supremo concluyese que el acusado era autor de dos delitos de asesinato, con dolo eventual, en grado de tentativa.

Otra resolución que admite el dolo eventual en el asesinato por medio de incendio es la STS de 2 de enero de 2004: «El autor del incendio, Cosme, cuando produjo el mismo conocía que en el interior de la vivienda se encontraban varias personas durmiendo, y obró en consecuencia –al menos– con dolo eventual, pues se representó la posibilidad de causar la muerte por asfixia de sus moradores, al punto de exclamar: "tenéis lo que os merecéis", lo que hubiera ocurrido, dadas las dificultades para evacuar tal inmueble (al estar protegidas las ventanas por rejas), de no haber sido por la rápida intervención auxiliadora de los vecinos y del servicio de bomberos, no pudiéndose hablar de imprudencia alguna, sino propiamente de dolo».

(27) Así lo señala la STS de 6 de mayo de 1996: «La doctrina jurisprudencial, ya desde antiguo, ha estimado incompatibles las circunstancias de alevosía y de veneno -sentencias de 29 noviembre 1887, 5 julio 1945, 17 junio 1953, 23 enero 1960 y 29 septiembre 1986-, esta última hizo referencia expresa a lo superfluo de su mantenimiento, porque el empleo comisivo del veneno queda absorbido dentro de la alevosía. [...] La razón de que el veneno agrave la responsabilidad radica en la insidia, en definitiva, en la alevosía que su administración supone y ya nuestros antiguos comentaristas, pese a su ubicación en un apartado heterogéneo, junto a medios caracterizados por el salvajismo como el incendio o inundación, el veneno se definía por su cobardía. Tan sólo alguna tentativa doctrinal de

puede llegarse en otros supuestos de esa regla. Desde un punto de vista jurídico-penal, la concurrencia de esta circunstancia impide apreciar al mismo tiempo la alevosía como agravante genérica, porque ello vulneraría el principio *ne bis in idem*.

Sobre el concepto de veneno, dice la STS de 17 de diciembre de 2001 que al mismo debe ser equiparada «toda sustancia que, al ser ingerida, pueda ser gravemente dañosa para la vida o la salud». Pero, realmente, el veneno no actúa sólo por vía de ingestión; su concepto es más amplio (piénsese, por ejemplo, en el disparo de un dardo con cianuro). La STS de 6 de mayo de 1996 lo expone del siguiente tenor: «Veneno -como destacó la ya añeja sentencia de esta Sala de 17 de julio de 1889, siguiendo a Claude Bernard- es toda sustancia que introducida en el organismo puede causar la muerte o graves trastornos. No importa que su actuación sea química o mecánica -así la Sentencia de 11 julio 1889 estimó como tal los polvos de vidrio-, pertenezca al mundo mineral, vegetal o animal, admitiéndose que puede ser administrado por cualquier vía (ingestión, inhalación o inyección)».

Con anterioridad, la STS de 10 de febrero de 1995 había descartado la acepción gramatical de veneno, concluyendo que se trata de un medio ejecutivo que precisará de su determinación a través de los correspondientes informes periciales médicos y farmacológicos:

Es preciso determinar, en primer término, lo que ha de entenderse por «veneno» y, al efecto, es de tener en cuenta que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua se define el veneno como «sustancia que introducida en el cuerpo y aplicada a él en poca cantidad ocasiona la muerte o grandes trastornos», de donde resulta que la referencia a la «poca cantidad», hace que no sea aceptable desde el punto de vista jurídico en cuanto que constituye un obstáculo para la determinación del tipo, y por otra parte, como es notorio, hay sustancias que administradas en las dosis facultativamente prescritas pueden producir efectos beneficiosos preventivos o curativos en la medicina homeopática pero que utilizadas en dosis inadecuadas pueden ocasionar la muerte, por ello, en cada caso concreto objeto de enjuiciamiento para determinar si una determinada sustancia es veneno por sí misma o por razón de las sobredosis administradas se habrá de acudir a lo que resulte de los correspondientes informes médicos y farmacológicos⁽²⁸⁾.

estimar el veneno por su colocación con otros artificios destinados a grandes estragos, pretendió su separación con la alevosía, o como señaló el paladín de la Escuela Clásica del Derecho Penal el caso de duelo con armas envenenadas, en el que no se produciría la agravante de alevosía y ni siquiera la cualificación de veneno, por su mutua aceptación». Con posterioridad, puede verse en el mismo sentido la STS 17 de diciembre de 2001.

(28) Así, la STS de 17 de noviembre de 2001 conceptuó como tal la cianamida cálcica, pues, aunque no es exactamente un veneno ya que se expide en farmacias (fármaco utilizado en el tratamiento deshabitualizador de alcohólicos), es susceptible de producir grave daño en la integridad física en dosis superiores a las terapéuticas y durante una prolongada administración.

D) Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido

El ensañamiento consiste, como el propio precepto indica, en «aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido». Es criticable la diferencia terminológica entre el ensañamiento en el asesinato y en la circunstancia agravante genérica (art. 27.5 del CP) donde se habla de causar «otros males innecesarios» para la ejecución del delito. Sea como fuere, en ambos casos se hace referencia a una forma de actuar en la que el autor, en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito (en el asesinato la muerte de la víctima) causa, de forma deliberada, otros males que exceden de los necesariamente unidos a su acción típica, por lo tanto innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado, buscando la provocación de un sufrimiento añadido a la víctima (STS de 22 de marzo de 2005). Se trata de lo que algún autor definió como ejecutar el hecho con «lujo de males», que deben producir un aumento deliberado e inhumano del dolor en la víctima.

El Tribunal Supremo español ha delineado las características de esta circunstancia:

1) Se requiere la concurrencia de dos elementos: uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima; y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (STS 1554/2003 de 19 de noviembre).

Como indica la STS de 4 de febrero de 2005, «es precisamente en la complacencia en el incremento del dolor físico y moral, donde radica la esencia del ensañamiento (SSTS de 24 de septiembre de 1997 y 5 de marzo de 1999). Lo que determina la correcta apreciación de esta circunstancia es que la secuencia de acciones agresivas sea claramente funcional no sólo al propósito de producir un resultado lesivo, sino también al designio de acompañar a éste de un plus de sufrimiento que no estaba objetivamente demandado por la obtención de ese primer objetivo (STS 803/2002, de 7 de mayo)». El aumento del dolor puede ser moral (piénsese en quien, para hacer sufrir a la víctima ya herida mortalmente, ejecuta o viola en su presencia a su esposa o a su hija).

2) El dolo del autor tiene que abarcar un doble resultado: la producción de la muerte y la causación de un dolor innecesario para su ejecución. No basta, por tanto, con la existencia del *animus necandi*, sino que es necesario que la actuación

del culpable persiga cometer el delito con una crueldad especial, atormentando a la víctima de forma gratuita.

El elemento subjetivo del delito –nos dice la STS de 4 de febrero de 2005– «no puede ser confundido sistemáticamente con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno, ni con la frialdad de ánimo del ejecutor material, sino con el exceso de males causados por el autor del hecho, en los que se complace, y con el dato de que conozca subjetivamente que aumenta el dolor del ofendido, al producir tal exceso».

El dato de la reiteración en la agresión es, desde luego, relevante para determinar el elemento subjetivo del ensañamiento, aunque no definitivo. Como dice la STS de 20 de septiembre de 2000, «la lógica y la experiencia nos indican que quien reitera la agresión innecesariamente para el fin perseguido lo hace con el deseo de causar al ofendido padecimientos mayores de los comprendidos en el resultado perseguido, padecimientos mayores que el de la propia muerte, esto es, con ensañamiento».

Siempre que la víctima no fallezca en el acto, de la primera agresión, resulta irrelevante que en la reiteración de ataques unos sean mortales y otros no. La STS de 22 de marzo de 2005, que trató un caso en que el agresor causó 21 heridas a su víctima producidas por puñaladas, siendo 6 de ellas mortales y el resto pinchazos o heridas por el paso del cuchillo sin penetrar, señala al respecto:

Por último que no conste el orden de las puñaladas y si las mortales fueron o no las primeras resulta irrelevante, desde el momento que la sentencia declara probado que la víctima no falleció en el acto («logró arrastrarse hasta el primer rellano de la escalera donde falleció minutos después por shock hipovolémico agudo»), por lo que el acusado tuvo que ser consciente de que estaba causando mayores dolores a la víctima con la reiteración de las puñaladas, siendo evidente que estando con vida la persona agredida, aun encontrándose en sus últimos momentos, puede sentir no solo dolor, sino también angustia, al comprobar que la agresión no ha finalizado sino que se prolonga en su intento de acabar con la vida.

Esta Sala ya se ha ocupado de casos similares. En la STS de 2 de enero de 2002 se decía que «el hecho de que la muerte le sobreviniese a la víctima en pocos minutos, como consecuencia de un shock hipovolémico no convierte en irrazonable aquella declaración porque una muerte rápida por agresión no es incompatible con el sufrimiento por la víctima de dolores innecesarios, si durante ese breve lapso de tiempo, el agresor no cesa de inferirle heridas obviamente dolorosas como ocurrió en el caso objeto de enjuiciamiento».

Otro caso, en esta misma línea, es el tratado por la STS de 24 de febrero de 2005. El agresor, manteniendo a su esposa agarrada fuertemente por el cabello, le asestó un primer navajazo en el pecho, a la altura del corazón (con una navaja de 12 cms de hoja de forma puntiaguda) que lesionó el ventrículo derecho, causando una hemorragia masiva que le causó la muerte, pero no en el acto. A continuación, el

agresor arrastró a la víctima unos metros, dándole otros cuatro navajazos, mientras aún permanecía con vida, por lo que, no solo fueron innecesarios sino que, produjeron más dolor y angustia. El Tribunal Supremo español estimó la concurrencia de ensañamiento con los siguientes argumentos:

En el caso actual, la sentencia declara probado que la víctima tras recibir la primera puñalada no falleció en el acto y que el acusado le dio los otros cuatro navajazos sabedor de que se encontraba aún con vida. Dadas las particularidades de los hechos, especialmente teniendo en cuenta la forma en que se asestó el primer golpe con la navaja, de cuyas características mortales tuvo que ser necesariamente consciente el acusado, las posteriores heridas no pudieron tener otra finalidad que causar mayor dolor a quien ya se había herido mortalmente. Las características de estas heridas así lo avalan, pues tres de ellas no serían mortales y la cuarta solo probablemente lo hubiera sido de no recibir asistencia médica. Por lo tanto concurren los elementos necesarios para apreciar la agravante.

Cuando la reiteración de brutales agresiones mortales persigue como objetivo doblegar la voluntad de la víctima, mediante el aumento de su dolor, para lograr de ella que haga o diga algo, también se da el ensañamiento y, consecuentemente, el asesinato. La STS de 25 de marzo de 2004 examinó un caso en el que, la víctima, tras recibir los primeros golpes que destrozaron su cabeza, fue arrastrada por diversas estancias de la vivienda mientras sus agresores continuaban conminándole a descubrirles dónde ocultaba el dinero, tras lo cual, de un fortísimo rodillazo o patada le rompieron nueve costillas y le hundieron el esternón. El Alto Tribunal rechaza el argumento de las defensas, según el cual los acusados no tenían la intención de aumentar el dolor del ofendido al realizar los hechos, sino que obraron con la finalidad de que la víctima confesara dónde tenía el dinero; y replica:

Sin embargo, el hecho de que los autores de tan violentas agresiones persiguieran ese objetivo específico no empece en modo alguno que el maltrato y los golpes propinados al Sr. Gerardo lo fueran deliberadamente ejecutados para aumentar su sufrimiento, físico y psicológico, para conseguir de tan execrable modo su final objetivo de que aquél les dijera lo que pretendían; y decimos que no existe ninguna incompatibilidad entre uno y otro factores, porque con el primero se cubre el elemento subjetivo requerido por la agravante prevista en el artículo 139.3 del CP [asesinato], en tanto que el segundo constituye el móvil de la actuación de los acusados, pero que queda fuera del ámbito del elemento subjetivo que exige el precepto penal aplicado.

Aclarados estos conceptos, estimamos que el juicio de inferencia del Tribunal de instancia declarando la existencia del ensañamiento al concurrir en el caso de autos el elemento material y el subjetivo de esta figura, no admite réplica cuando tras los primeros golpes a la víctima con la barra de hierro, el agredido, de casi ochenta años y enfermo, con la cabeza ya destrozada, fue todavía arrastrado, «como si de un fardo se tratase», por diversas estancias de la vivienda mientras continuaban conminándole a descubrirles dónde ocultaba el dinero, tras de lo cual, de un fortísimo rodillazo o patada le rompieron nueve costillas y le hundieron el esternón. Esta descripción refleja ostensiblemente no sólo la saña bárbara con que se emplearon los acusados, plenamente integrada en el concepto de «inhumanidad» que contiene el precepto penal, sino también lo deliberado o intencionado del propósito de aumentar el sufrimiento del sujeto pasivo de la barbarie desplegada por aquéllos, precisamente porque era el *modus operandi* necesario para alcanzar el objetivo final de averiguar el lugar en que aquél guardaba el dinero.

3) No puede concurrir *post mortem*. Necesariamente tendrá que poder determinarse por el médico forense que la víctima se encontraba con vida durante la acción de ensañamiento; ello es lógico si tenemos en cuenta que no se podrá «aumentar el dolor del ofendido» una vez que éste haya muerto. De ahí que no pueda apreciarse esta circunstancia específica de forma automática en los casos de descuartizamiento del cuerpo de la víctima, si no se puede acreditar que se hizo antes de la muerte. Tampoco cuando la víctima fallece de una primera puñalada y el agresor continúa apuñalándole reiteradamente.

Por lo mismo, no habrá ensañamiento en aquellos casos en que la víctima haya perdido su capacidad sensitiva o haya perdido absolutamente su conciencia. Su fundamento está en la propia exigencia legal del artículo 117 del CP de que el sujeto activo debe *aumentar el dolor* del ofendido, y si no hay conciencia o sensibilidad no puede haber dolor.

La agravante genérica del artículo 27.5 del Código Penal se refiere, sin citar el término «ensañamiento», a «aumentar deliberadamente la gravedad del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución», lo que supone una redacción abierta en principio a diferentes tipos penales, aunque su aplicación se producirá normalmente en los delitos contra la vida y la integridad física.

E) Mediante pago, recompensa o promesa remuneratoria

En el último párrafo del artículo 117, se recoge la circunstancia de cometerse el delito mediante pago, recompensa o promesa remuneratoria. Se trata de una modalidad que tiene su antecedente en el crimen entre sicarios del Derecho romano, y supone un mandato oneroso. Los tres términos tienen significado unívoco: se refieren a la motivación económica para la ejecución del hecho; por así decirlo, se trata de aquellos supuestos en que «se cobra por el trabajo de matar», excluyendo tanto los casos de gratuidad, como aquellos en los que se ofrecen otras ventajas o promesas sin contenido económico (aunque evidentemente el contenido económico no ha de ser necesariamente dinero en metálico). Se pueden destacar algunas otras características en esta circunstancia:

Es necesario, por ejemplo, que esos medios precedan a la realización del delito, de manera que el precio, recompensa o promesa se haya fijado con anterioridad a la ejecución (aunque es indiferente para su apreciación que finalmente se perciban o no, o que se haya pactado su entrega antes o después de su ejecución), no incluyéndose dentro del tipo las ulteriores gratificaciones, espontáneas o solicitadas. Es también necesario que estos medios sean aceptados por el mandatario, y sean la causa eficiente de su actuación; así se deduce del término

«mediante», de suerte que, si ya estaba decidido a matar por otros motivos, no se podría apreciar este elemento. Por último, es indiferente quién tome la iniciativa, que puede proceder tanto del que ofrece, como del que solicita, con tal de que preceda a la ejecución. La STS de 13 de noviembre de 1998, recuerda los requisitos para que pueda apreciarse esta modalidad de asesinato:

La jurisprudencia de esta Sala (SS. entre otras, de 7 de julio de 1983, 25 de abril de 1985 y 14 de septiembre de 1992) ha establecido que para poder apreciar la agravante de precio o recompensa es preciso que sea claramente el motor de la acción criminal, requiriendo las siguientes circunstancias para su existencia: a) en cuanto a la actividad, el recibo o promesa de una merced de tipo económico para la ejecución del hecho delictivo; b) en cuanto a la culpabilidad, que la merced influya como causa motriz del delito, mediante el *pactum sceleris* remuneratorio, afectándole tanto al que entrega como al que recibe el precio; c) en cuanto a la antijuridicidad, que la merced tenga la suficiente intensidad para ser repudiada por el ente social, en virtud de la inmoralidad y falta de escrúpulo que revela.

Por lo que respecta al oferente del precio, éste puede participar en el asesinato como cooperador necesario y/o como inductor (art. 32 del CP).

En la STS de 31 de octubre de 2002 se estudia un caso en el que se estimó que la esposa de la víctima había participado en el asesinato como cooperadora necesaria y también como inductora. Los antecedentes fueron los siguientes: Laura, esposa de un conocido abogado (Emilio), propuso a un tercero (Ignacio) que matase a su marido a cambio de obtener, además de sus favores sexuales, un reloj marca «Cartier» y 50 millones de pesetas. Una vez que Ignacio informa a Laura de que la acción se llevará a cabo en Madrid, en las inmediaciones del domicilio conyugal, se ponen de acuerdo en comunicarse para saber él con la mayor precisión posible la hora de llegada y lugar que ocupa Emilio en el automóvil. Incluso Ignacio acompañó a Laura hasta el domicilio conyugal para conocer con precisión la zona. Desde ese momento las llamadas de Laura a Emilio son frecuentes, y la última se produce cuando Laura informa a Ignacio de que el coche de Emilio estaba cerca de Madrid y que podían tardar cuarenta minutos en llegar. También estaba informado Ignacio por Laura, de que Emilio solía viajar en el asiento delantero derecho junto al conductor y de que éste hacía también funciones de guardaespaldas. El Tribunal Supremo resolvió del siguiente tenor:

La primera de las impugnaciones comunes a las dos acusaciones se refieren a la subsunción de los hechos realizados por la acusada Laura F. N., al entender que su participación en el hecho no sólo es de inducción, sino también de cooperación necesaria, haciéndola responder «por ambos títulos», inductora y cooperadora necesaria.

El motivo debe ser estimado parcialmente, no sin antes señalar que la impugnación carece de la eficacia pretendida, toda vez que con independencia del título por el que sea condenada el marco penal no se verá afectado, sin perjuicio que en el ejercicio de la función jurisdiccional en la individualización de la pena pueda ser tenida en cuenta la doble imputación que se pretende en el recurso. La estimación parcial lo es para afirmar que la acusada cumple los dos títulos, si bien sólo será condenada por uno.

Inducir es hacer nacer en otro la idea de realizar un hecho antijurídico de manera que el inductor «dará lugar» a que el autor material del delito lo cometa. Por esta razón se ha dicho que la inducción «es la creación del dolo en el autor principal». Así pues, la característica esencial del inductor es que determina en otro la resolución de realizar el hecho concretando su conducta a hacer nacer en otro la voluntad de la realización del delito.

Lo anteriormente señalado nos permite afirmar, desde este momento, que la conducta de la acusada no es solamente una inducción, pues el relato fáctico al describir la conducta de la

acusada refiere no sólo la conducta de instigar la comisión de un hecho antijurídico, sino también la de realizar actos que suponen una aportación esencial a la realización material de la muerte perseguida. Así se relata que la acusada Laura, con independencia de la instigación, comunica al ejecutor los movimientos puntuales de la víctima, cuándo llegará a la vivienda y el lugar que ocupará en el vehículo: el delantero derecho. Acompaña al ejecutor al lugar donde se podrá realizar la acción, lo que supone la selección, o al menos la participación en la decisión del momento y lugar oportuno y le comunica las condiciones de seguridad de la víctima, concretamente que el conductor del vehículo va armado.

En puridad estos actos son propios de una coautoría. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, caracteriza al coautor el tener el condominio del hecho, el dominio funcional del hecho. Los intervinientes comparten la decisión conjunta a la realización del hecho, en este caso, la muerte de la víctima, y cada uno de ellos realiza un aporte que, por su importancia, se reputa de cualificada para el resultado y necesaria dentro de una razonable división del trabajo.

De no existir legalmente una diferenciación entre coautor y cooperador necesario, quizás artificiosa, no cabría duda de la calificación de coautora de la acusada. Existente la distinción, a los meros efectos de su calificación, pues penológicamente están equiparados, es preciso diferenciar ambas figuras; diferenciación que forzosamente ha de encontrarse en el momento del aporte, el coautor lo hace en la fase ejecutiva, y el cooperador en un momento anterior. La acusada, sin perjuicio de su conducta instigadora, también realiza una aportación material al hecho en un momento anterior a su ejecución, por lo que la calificación de esta conducta es la de cooperadora necesaria en el delito.

Aunque la acusada cumple con los dos títulos, de inductora y cooperadora necesaria, sin embargo los actos de participación que superen la mera inducción y que implican una aportación en fase inmediata a la ejecutiva absorben la inducción anterior. En el presente caso, teniendo en cuenta la importancia de la contribución al hecho llevado a cabo por la acusada debe considerarse de mayor gravedad la conducta cooperadora a la acción que la inductora, no sólo en un sentido valorativo de las conductas, sino también en el temporal por cuanto la cooperación, como participación, aparece más cercana a la ejecución y con un más claro dominio sobre el hecho del ejecutor.

La cuestión más debatida es la relativa a la bilateralidad o no del precio como agravante genérica (piénsese en un caso de asesinato alevoso, agravado por precio); esto es, se trata de saber si la agravante se aplica sólo al sicario que actúa por precio (mandatario) o si se extiende también al que le ofrece (mandatario). La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, cuando ha abordado la naturaleza de la agravante de precio no ha mantenido un criterio uniforme (véase la STS de 31 de octubre de 2002). Así, mientras en algunas sentencias ha afirmado la naturaleza bilateral de la agravación⁽²⁹⁾, en otras⁽³⁰⁾ ha negado que la agravante de «precio, recompensa o promesa» sea aplicable al inductor por respeto al principio non bis in

(29) STS 13 de noviembre de 1998 y las que cita: SSTS 7 de julio de 1983, 25 de abril de 1985, 21 de octubre de 1991 y 14 de septiembre de 1992. La mencionada STS de 13 de noviembre de 1998, afirma que la jurisprudencia del Alto Tribunal «entiende que la agravante es predicable tanto respecto al sicario, como respecto al que, mediante el precio entregado o prometido, corrompe a tercero, y le induce a causar la muerte de otra persona».

(30) SSTS 25 de enero de 1993, 10 de marzo de 1986, 5 de noviembre de 1985, 25 de mayo de 1976, 17 de noviembre de 1973.

idem, pues cuando «la inducción o instigación aparece fundada únicamente en el ofrecimiento del precio, resulta evidente que tal merced no puede ser valorada dos veces: una como productora de la instigación y otra como circunstancia de agravación de la misma, sin vulnerar el elemental principio penal del non bis in idem que impide penar dos veces la conducta».

La STS de 31 de octubre de 2002 señala: «Si para que sea aplicable la agravación de precio es preciso que éste motive el hecho del que lo recibe, es evidente que la agravación funciona como instrumento de la inducción. En otras palabras, hay inducción porque mediando precio se creó el dolo en el ejecutor. Consiguientemente, no cabe apreciar la agravante de precio si ya ha sido tomada en consideración para conformar conceptualmente la inducción. Apoyándonos en una reiterada jurisprudencia, la aplicación de la agravante de precio requiere que éste sea el resorte para la realización del hecho, de lo que resulta que el precio se convierte en instrumento de la inducción, esto es, el precio se integra en la inducción por lo que no cabe una doble valoración jurídica, como inductor partícipe, equiparado al autor en su penalidad, y como presupuesto de la agravación específica».

Se trata de una circunstancia que podría denominarse «ultra cualificadora», porque el legislador ha considerado que merece un reproche penal más grave, elevando la pena (que es de veinte a treinta años de reclusión en los cuatro supuestos anteriores), a la de treinta años a privación de por vida de la libertad.

F) Concurso del asesinato con robo o violación

En el último párrafo del artículo 117 del CP se tipifican dos delitos complejos: dos casos de concurso real consistentes en asesinato acompañado de robo o de violación, con la misma exacerbación de pena que en el caso anterior (de treinta años a privación de por vida de la libertad).

Por último, es importante incidir en dos cuestiones sobre el delito de asesinato:

A) Que en el caso de que concurren varias de las circunstancias enumeradas en el artículo 117, la práctica forense en Honduras es seguir considerando los hechos como asesinato sin otras consecuencias. Pero el haberse ejecutado el hecho con más de una circunstancia, debería tenerse en cuenta al solicitar (por la acusación) la pena imponible y al individualizar ésta por el Tribunal de Sentencia, por cuanto es indudablemente más grave matar con premeditación, alevosía y por precio, por ejemplo, que únicamente con premeditación. En otros sistemas jurídicos, de darse varias circunstancias cualificadoras del asesinato, una de ellas opera como elemento típico, no pudiendo apreciarse esa misma circunstancia, además, como agravante genérica por prohibirlo el principio *ne bis in idem*, pero las otras que

concurrir se aplican como agravantes genéricas, con las consecuencias que ello tiene en las reglas de aplicación de la pena.

B) Que cabe perfectamente la tentativa de asesinato. Sin embargo, cuando se causa la muerte, pero en el curso de la acción desaparece la circunstancia cualificadora (por ejemplo, la acción comienza de forma alevosa por la espalda, pero la víctima se da cuenta del ataque, se enfrenta cara a cara con su agresor y tiene por tanto oportunidad de defenderse), habrá de acudirse al homicidio simple (aunque algún autor foráneo considera más correcta la solución, técnicamente más compleja y quizás poco práctica y recomendable, del concurso ideal entre el homicidio consumado y el asesinato intentado).

3. PARRICIDIO

El artículo 118 del Código Penal hondureño prescribe:

Es reo de parricidio quien diere muerte a alguno de sus ascendientes o descendientes, a su cónyuge o a la persona con quien hace vida marital, y sufrirá la pena de treinta (30) a cuarenta (40) años de reclusión.

Respecto a la sustantividad, suele reconocerse mayoritariamente que se trata de un delito autónomo, al igual que el asesinato, no sólo en atención a la distinta denominación que el propio Código le da (aun incluyéndolo en el mismo capítulo y bajo la rúbrica común de «homicidio»), sino por tener un diferente contenido de injusto y un distinto desvalor de la acción, además de existir también argumentos criminológicos y de política criminal para considerar esa autonomía⁽³¹⁾. No se trata, por tanto, de un homicidio agravado, sino de un delito distinto, en el que la relación de parentesco es un elemento típico y no una agravante, con la repercusión que ello tiene en orden al error y a la teoría de la participación. Además, su penalidad es superior incluso a la prevista para el delito de asesinato (salvo, como se ha visto, al que se cometa mediante pago, recompensa o promesa remuneratoria). Por consiguiente, si se causa dolosamente la muerte de uno de los familiares a que alude el artículo 118, pero concurriendo alguna de las circunstancias del asesinato, habrá de aplicarse el principio de especialidad –conforme a las normas sobre concurso de leyes del artículo 2.A.1) del propio Código Penal– y calificar los hechos

(31) No obstante, en otros sistemas jurídicos se cuestiona la existencia de este delito defendiendo su desaparición y la calificación de los hechos como delito de homicidio o asesinato, operando la circunstancia mixta de parentesco como agravante. Ejemplo de ello es el Código Penal español de 1995, donde ha desaparecido el parricidio del listado de delitos tipificados, siguiéndose el sistema que se acaba de mencionar.

como parricidio con la agravante genérica que corresponda dentro del catálogo del artículo 27.

Las principales cuestiones que suscita este delito, (prescindiendo de las que son comunes al homicidio y que ya hemos analizado), podemos sintetizarlas en los siguientes puntos:

A) Los sujetos

Al ser la relación familiar un elemento del tipo, no cabe aplicar además la circunstancia agravante genérica del artículo 27.23) del CP.

a) Ascendientes y descendientes. Hay que entender incluidos en este parentesco a los que lo sean tanto por consanguinidad como por adopción (aunque el Código no lo señale expresamente), siendo indiferente además que el parentesco sea matrimonial o extramatrimonial. No se aplica, sin embargo, en los casos de hijastros; es decir, en los casos en que el autor no haya adoptado legalmente al hijo del cónyuge.

b) Cónyuge. En cuanto al vínculo conyugal, éste se mantiene evidentemente en los casos de separación, pero no en los de nulidad o divorcio (art. 140.3 y 4 del CC). Si los hechos se producen una vez decretada la nulidad o el divorcio, habrá que acudir a la figura del homicidio o, en su caso, al asesinato.

Ahora bien, si se declara la nulidad del matrimonio con posterioridad a los hechos, resultará que, para el mundo jurídico, nunca existió el vínculo matrimonial. Hay que valorar entonces dos posibilidades: Una, que pese a la nulidad e inexistencia del vínculo, cuando sucedieron los hechos convivieran maritalmente el agresor y su víctima, de suerte que, en ese caso, carecería de importancia el hecho de la existencia o no del vínculo puesto que el cónyuge queda expresamente equiparado por el Código Penal a la persona con quien se convive maritalmente. La otra posibilidad es que el matrimonio no conviviera maritalmente cuando sucedieron los hechos y, con posterioridad, se decretase la nulidad del matrimonio; en tal caso, debería revisarse la sentencia penal⁽³²⁾ pues ni existiría al momento de los hechos un vínculo conyugal (al declararse después inexistente con efectos *ex tunc*) ni tampoco una situación asimilable de convivencia marital.

(32) Al amparo de lo dispuesto por el artículo 373, numeral 6, del CPP, en cuanto admite que las sentencias firmes sean revisadas a favor del condenado cuando «después de la condena sobrevengan nuevos hechos ... que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que ... el hecho cometido ... se encuadra en una norma más favorable».

Si lo que se produce con posterioridad a los hechos es el divorcio, resultará irrelevante ya que, al momento de comisión de los mismos, existía el vínculo matrimonial. Por lo demás, queda equiparado expresamente al cónyuge la persona con quien se convive maritalmente.

La razón fundamentadora del tipo, no se encuentra en la concurrencia formal de un vínculo conyugal, sino en la realidad subyacente, de manera que, en la misma forma que el artículo 118 del Código Penal extiende el tipo del parricidio a quien dé muerte a la «persona con quien hace vida marital», aunque no exista legalmente vínculo matrimonial, debe entenderse excluido en aquellos casos en que la relación conyugal no subsiste más que de modo formal por encontrarse los esposos separados, de hecho o de derecho, de forma prolongada o por haber desaparecido el afecto marital. Para la apreciación de este elemento del tipo ha de estarse a si la relación matrimonial (o marital) realmente sigue viva o, por el contrario, está efectiva y manifiestamente destruida.

En esta línea, el Tribunal Supremo español ha huído de aplicar el vínculo conyugal de forma automática, haciéndolo mediante una interpretación teleológica o finalista⁽³³⁾, válida también para lo que ha de entenderse como «hacer vida marital». Se centra, sobre todo, en la existencia de *affectio maritalis* o en la valoración del fondo afectivo de la relación conyugal o análoga relación de hecho, exigiendo que «a más de la relación objetiva de parentesco debe concurrir una relación de afecto personal» (STS 821/1998, de 9 de junio). Cuando se encuentra roto el vínculo afectivo con un grado importante de deterioro (incluyendo las situaciones de separación prolongada en el tiempo, aunque sea de hecho), se ha entendido que deja de existir fundamento para justificar un mayor reproche o una mayor culpabilidad en el autor, por lo que según esta teoría, habría de acudirse a los tipos de homicidio o, en su caso, asesinato.

En general se ha dicho que «la circunstancia de parentesco que nace del vínculo conyugal no subsiste cuando, aun no habiéndose disuelto legalmente el vínculo, la relación matrimonial está efectiva y manifiestamente destruida» (STS 919/1998, de 3 de julio). Pero, para que así sea, «es necesario que la ruptura de la relación conyugal tenga una proyección en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges y una cierta duración temporal de esta situación, unida a una notoria desafección sentimental» (STS 407/1996, de 11 de mayo). La dificultad, por tanto, radica en determinar la existencia

(33) El Pleno (no jurisdiccional) de la Sala 2.^a (de lo Penal) del Tribunal Supremo español, acordó el 18 de febrero de 1994, por mayoría, la exclusión del artículo 405 del CP de 1973 (parricidio) en los casos en que la relación matrimonial tuviera tal grado de deterioro que no pudiese presentar un fundamento suficiente para justificar una mayor reprochabilidad al autor.

o no de la afectividad. La STS 115/2000, de 10 febrero, dice así:

La permanencia o ruptura de ese hilo de afectividad que une normalmente a quienes han decidido establecer un vínculo matrimonial o una estable relación de hecho, plantea problemas psicológicos o emotivos de difícil plasmación en afirmaciones fácticas concretas. Para llegar a conclusiones más o menos firmes sobre este punto debemos acudir a elementos complementarios, de carácter más objetivo, que rodean a la situación de conflictividad planteada. Un dato relevante lo podemos encontrar en la suspensión de la convivencia, circunstancia que no concurre en el caso que estamos examinando.

La casuística jurisprudencial nos ofrece los siguientes ejemplos:

A) Se apreció que aún existía afectividad:

Mantenimiento de relaciones sexuales: No está rota la relación afectiva cuando, pese a la existencia de desavenencias y malos tratos, con altibajos de convivencia, resulta que el acusado y su esposa estuvieron juntos en una discoteca y a la salida, fueron a un paraje donde mantuvieron relaciones sexuales antes de tener la discusión que acabó con la muerte de aquella (STS 821/1998, de 9 de junio).

Convivencia pese a la tirantez: Si el acusado y su esposa, aun encontrándose en una situación tensa a causa de sus desavenencias, hasta el punto de que ella ya había presentado una demanda de separación matrimonial, vivían bajo el mismo techo y comían juntos, no se puede decir que la relación conyugal que todavía los unía estuviese «efectiva y manifiestamente destruida» (STS 919/1998, de 3 de julio).

Frecuentes discusiones: Con carácter general hemos dicho que la existencia de frecuentes discusiones en el seno de un matrimonio o de una pareja de hecho no es determinante, si no concurren otras circunstancias complementarias, para establecer la desaparición del vínculo afectivo (STS 115/2000, de 10 de febrero).

Convivencia irregular: El acusado, no obstante haber interrumpido la normal convivencia con su mujer e hijos (debido a su alcoholismo), acudía al domicilio familiar con frecuencia a comer y dormir en el dormitorio del matrimonio. Asimismo, existía una cierta confianza entre los esposos y la mujer no veía a su cónyuge como un extraño; prueba de ello es la comida familiar celebrada el mismo día de los hechos, en la que el acusado no consumió alcohol, a pesar de ser alcohólico crónico, a instancias de su esposa. Las desavenencias conyugales, por graves que éstas fueren, no habían llegado a la total separación de hecho y ni siquiera se había intentado la legal por ninguno de los cónyuges (STS 1402/1998, de 13 de noviembre).

Mero deterioro de las relaciones: No debe confundirse lo que es una ruptura definitiva de las relaciones afectivas con lo que puede ser un mero deterioro de las mismas mostrado a través de algunos incidentes puntuales o algunas discusiones. Esto último es perfectamente compatible con esta circunstancia agravatoria, pues entender lo contrario conduciría a la imposibilidad de ser aplicada, ya que cuando se produce una agresión por parte de los que conviven de la envergadura de la aquí contemplada es obvio que en ese momento la afectividad se había roto, aunque en verdad había existido con anterioridad a través de la mutua convivencia, como lo demuestra el hecho demostrado de que lo que realmente llevó al acusado a realizar tan execrable hecho tuvo por causa principal los celos, celos que son difíciles de entender sin la existencia de un previo cariño o afecto (STS 288/2005, de 4 de marzo).

Relaciones distantes. Separación de hecho desde hacía uno o dos meses: Agresor y víctima estaban casados y separados de hecho desde hacía uno o dos meses, habiendo presentado demanda de

separación judicial la esposa. El acusado entró en la vivienda utilizando las llaves que su esposa le había dejado durante el tiempo de la separación de hecho del matrimonio. De tales hechos infiere el Tribunal Supremo que las relaciones parentales entre el acusado y su mujer e hijas no habían desaparecido en el momento del suceso, aunque tales relaciones fueran distantes, por lo que necesariamente existían aún unos deberes morales y jurídicos recíprocos que conllevan, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, a la aplicación de esta circunstancia. A ello se puede añadir que esta agravación debe apreciarse habida cuenta de un plus de peligrosidad en el cónyuge que así actúa, pues dada esa relación parental, que en realidad aun perdura, encuentra en la misma una mayor facilidad en la comisión del hecho y en la transgresión del principio de confianza que ello supone (STS 1749/2003, de 22 de diciembre).

Las desavenencias, discusiones, enfrentamientos, desencuentros o incluso transitorias separaciones de facto, viviendo en lugares distintos, o bien asumiendo esta separación física por razones coyunturales, etc., no afectarían a la estimación de esta circunstancia (STS 221/2003, de 14 de febrero).

B) Se apreció que ya no existía afectividad:

Enemistad, intereses contrapuestos: Cuando la relación entre agresor y ofendido se encuentre rota por ausencia, si no de la afectividad sí al menos de intereses comunes más o menos intensos, existiendo enemistad, intereses contrapuestos y cualquier otra razón origen del distanciamiento entre los sujetos activo y pasivo del delito (STS 821/1998, de 9 de junio).

Para que pueda apreciarse, además de la existencia objetiva de la relación de parentesco debe existir también un natural lazo afectivo, de tal modo que cuando consta que el mismo está roto, que no existen intereses comunes, sino contrapuestos, que no existe amistad, o que, por cualquier razón, media un distanciamiento entre sujeto activo y pasivo del delito, la relación resulta inoperante, el hecho criminal ha de valorarse y juzgarse como acontecido entre extraños (STS 1362/1999, de 29 de septiembre).

Cese de vida en común durante años: No solamente había cesado tiempo atrás la vida en común sino que la separación se había ratificado judicialmente más de dos años antes de suceder el hecho, por lo que debe estimarse destruido el sustrato fundamentador de la agravación (STS 1475/1997, de 2 de diciembre).

Convivencia circunstancial sin afectividad: Agresor y agredida estaban separados legalmente, incluso ya tenían divididos sus bienes, y si convivían bajo el mismo techo no era porque existiese entre ellos ninguna afección amorosa o de cariño, sino simplemente por un hecho tangencial, a estos efectos, cual era el no perjudicar de modo alguno al hijo común que contaba sólo con cinco años de edad (STS 199/2000, de 18 de febrero).

La relación sentimental entre agresor y víctima había cesado ya: la mujer había comunicado al acusado el fin de su relación y había comenzado a salir con otra persona. El mero hecho de compartir un mismo techo no es prueba de la permanencia de la relación de afectividad análoga a la que une a los cónyuges. Para que pueda estimarse subsistente este tipo de relaciones, no basta la voluntad de una de las partes, es preciso lógicamente la voluntad concorde de ambas (STS 1362/1999, de 29 de septiembre).

Cónyuges separados legalmente que no conviven: Es patente que la relación conyugal entre el acusado y la víctima estaba rota, en cuanto los cónyuges habían instado su separación legal y había cesado la convivencia de los mismos bajo un mismo techo (STS 175/2004, de 13 de febrero).

B) La participación del extraño

El problema más polémico que plantea el parricidio es, probablemente, el de la participación criminal, cuando interviene un extraño en la comisión de este delito. ¿Cómo debe responder el extraño que participa en la acción del hijo que da muerte a su padre?; o, ¿cómo responderá el hijo que incita a un extraño para que mate a su padre? En Derecho romano dominó la tesis de Ulpiano, de la comunicabilidad del parricidio al partícipe extraño.

Sin embargo, en la actualidad, es la teoría de la incomunicabilidad la que ha sido tradicionalmente seguida por el Tribunal Supremo español, y por buena parte de la doctrina española, y, sobre todo, italiana. Esta teoría considera el parentesco como una circunstancia de índole personal y subjetiva, que, en consecuencia, sólo puede agravar la responsabilidad de las personas en quienes concurra (sin perjuicio de que el extraño encubridor que comete el delito del art. 388 del Código Penal, está encubriendo realmente un delito de parricidio y no de homicidio). Para defender esta postura se alegan también razones de justicia material, que aconsejarían la ruptura del título de imputación. Así, por ejemplo, si un individuo y su esposa matan conjuntamente a la madre y hermana del primero, los hechos se calificarían imputándole a él un parricidio por la muerte de la madre y un homicidio, agravado por la circunstancia de parentesco del artículo 27.23), por la muerte de su hermana. A ella, habría que acusarla de dos homicidios con la citada agravante en ambos delitos.

En suma, las relaciones familiares del delincuente con la víctima servirán para determinar la responsabilidad del culpable en quien concurran, de suerte que el extraño responderá siempre por el delito común (homicidio o, en su caso, asesinato) mientras que el pariente lo hará siempre como autor, coautor, inductor, cooperador o cómplice del delito de parricidio.

4. HOMICIDIO EN RIÑA TUMULTUARIA

Está recogido en el artículo 119 del Código Penal de Honduras, según el cual:

Si la muerte se hubiere producido riñendo varias personas entre sí, confusa y tumultuariamente sin que pueda determinarse el causante de las lesiones de efecto mortal, se impondrá, a cuantos hubieren ejercido violencia sobre la víctima, de tres a seis años de reclusión.

Nos encontramos ante una figura delictiva, subsidiaria del homicidio del artículo 116, que ha sido objeto de duras críticas por varias razones:

a) Por conculcar el principio de presunción de inocencia. Como delito de

sospecha, se imputa a una persona la muerte de otra y se le condena por ese homicidio sin pruebas.

b) Por ir en contra del principio de culpabilidad. Lo que se exige es una responsabilidad objetiva levemente disfrazada, que se carga, en aras de un espíritu pragmático, sobre una persona por actos no homicidas, sino lesivos o de violencia, lo que se efectúa de forma escalonada o en cascada⁽³⁴⁾.

c) Por vulnerar el principio de seguridad jurídica. La imputación y posterior castigo no depende de la efectiva conducta realizada por cada sujeto, sino de que finalmente se sepa o no quien fue el homicida. Se produce así una total incertidumbre acerca de la consecuencia jurídica aplicable.

En general, la doctrina solía calificar este delito como un delito de sospecha que llevaba implícita una responsabilidad objetiva, tipificado por razones puramente prácticas de dificultad probatoria⁽³⁵⁾.

El Tribunal Supremo español explicaba desde antiguo la razón de ser de la solución legal: «ante el antagonismo de los principios imperantes y, en pugna, en el campo penal, como lo son el de la personalidad de la pena o de estricta culpabilidad personalista y el deseo de que ninguna conducta delictiva quede impune, aplica, como expediente transaccional entre ambos principios, la teoría medieval de la complicidad correlativa o correspectiva, castigando, por razón de proximidad al resultado, bien a quien consta causó lesiones graves al fallecido, bien a los que se haya acreditado ejercieron violencia sobre la persona del ofendido» (STS de 29 de marzo de 1984). Sin embargo, en los últimos tiempos mostró enormes reticencias a su aplicación, hasta que el precepto fue derogado en 1989, sin que se recoja en el

(34) La STS de 14 de abril de 1984, reconoce que «los delitos, en cuya dinámica interviene la riña tumultuaria y confusa, tienen su punibilidad basada en cierta presunción legal, en cuanto que se ignora el autor del resultado, y recae el peso de la ley penal sobre partícipes a través de una responsabilidad "en cascada", en la que se aprecia cierta atenuación en la aplicación de los principios de culpabilidad y nexo de causalidad».

(35) La STS de 30 de octubre de 1984, califica el homicidio en riña tumultuaria «como delito de sospecha, en régimen de subsidiariedad, así configurado desde el Código de 1870, cuando no concurriendo la precisa concreción, sólo se pueda establecer cual presunción escalonada o presunción muda, pero elocuente, de causación, la circunstancia, dentro de la confusión y el tumulto, de quiénes fueron los autores de las lesiones graves inferidas a los que después resultaron muertos, tipificándose entonces únicamente aquellos supuestos, como riña tumultuaria, en los que la indeterminación exacta del sujeto activo de la acción homicida fuere la conclusión sobresaliente de lo acontecido». También dice esta misma sentencia que, tratándose de una «infracción anómala y en cierto modo privilegiada, sólo permite su vigencia con el carácter subsidiario antes apuntando, cuando, apoyándose en la teoría de la complicidad correlativa, la responsabilidad descendente que contiene, descendente y proporcional cualitativa y cuantitativamente por su proximidad al resultado letal originado, entra en juego para cerrar el círculo legal ante la ausencia de autoría directa».

nuevo Código Penal español de 1995.

De todas formas, se trata de derecho vigente en Honduras por lo que, centrándonos en la tipificación contenida en el transcrito artículo 119, podemos señalar como elementos de este delito los siguientes:

A) Riña confusa y tumultuaria

Es necesario que concurren una pluralidad de ofensores y ofendidos y que la riña sea confusa y tumultuaria, es decir, de todos contra todos, entremezclándose y confundiéndose los contendientes. Así se contempla en el ATS de 11 de mayo de 2001: «el carácter tumultuario y confuso de la riña viene dado por la existencia de dos bandos plurales que se acometen entre sí, confundiéndose las acciones, de modo que no puede precisarse quién es el autor real de las lesiones producidas».

Insiste en ello la STS 1378/1993, de 9 junio, con cita de numerosa jurisprudencia:

[...] la riña tumultuaria exige existencia de dos o más bandos compuestos por una pluralidad de ofensores y ofendidos y un acometimiento recíproco desordenado y tumultuoso de forma que no pueden individualizarse las acciones concretas de cada uno de los intervinientes -cfr. SS. 2 de abril y 7 de octubre de 1985 y 5 de diciembre de 1990-, lo que no sucede en los casos de riña limitada y directa de varios contra uno o varios entre sí -cfr. S. 3 de marzo de 1960-, sin que quepa hacer aplicación extensiva de este hecho excepcional, en los casos de agresión causada por dos personas contra una, en la que no hay términos hábiles para representar una reyerta confusa -cfr. S. 29 de marzo de 1984-.

La STS de 26 de septiembre de 1988 señala que lo que singulariza la modalidad del homicidio en riña tumultuaria es que ésta, caso de existir, reúna las notas de confusa, tumultuaria, amorfa, caótica y anárquica, esto es, de «*bellum omnia contra omnes*».

Pero quizás sea la STS de 5 de diciembre de 1990, la que mejor sintetice lo declarado por el Alto Tribunal acerca de la riña tumultuaria:

a) En la sentencia de 11 de diciembre de 1957, afirmó que la riña tumultuaria tiene su adecuación a la lucha de varios contra varios y en el curso de la cual se producen lesiones, que por la confusión del momento, los acometimientos simultáneos y recíprocos de los contendientes y el espíritu de agresividad mutua que los animaba, no permite determinar con exactitud cómo y por quién fueron ocasionados, pero no cabe hacer aplicación extensiva de este hecho excepcional cuando se considera el de una agresión causada por dos personas contra una, ya que no hay términos hábiles para representar una reyerta confusa.

b) En la sentencia de 6 de abril de 1974, señaló que el delito de homicidio en riña tumultuaria exige las notas de confusión y tumulto de intervinientes, lo que no sucede en los casos de riña limitada y directa de varios contra uno o varios entre sí, según reiterada doctrina jurisprudencial de la que son ejemplos las sentencias de 14 de octubre de 1924 y 3 de marzo de 1960, entre otras.

c) En las sentencias de 2 de abril de 1985 y 29 de marzo de 1984, el Alto Tribunal indicó que no pueden entenderse incluidos en el concepto de «riña tumultuaria» los supuestos de agresión personal y directa, ni aquéllos en que se forma causa común de dos sujetos contra un tercero.

d) En la sentencia de 7 de octubre de 1985, declaró que en el tipo penal de la riña tumultuaria se regula una infracción de las denominadas de sospecha, cuyos requisitos fundamentales son: 1) concurrencia de una hipótesis de pelea, reyerta o pendencia, en la cual los contendientes están tan atentos a ofender como a defenderse, 2) la citada riña ha de ser amorfa, gregaria, caótica y anárquica, mezclándose y confundiéndose los contendientes; y 3) que no conste el autor del homicidio o las lesiones.

Desde luego, si hay un concierto previo, aunque sea tácito, para lesionar o matar a un tercero, no se aplicará este artículo, aunque el acometimiento fuera tumultuario (por ejemplo, en el caso de que dos pandillas se citen previamente para una pelea, pero con la idea, decidida de antemano, de matar al jefe o jefes de la banda rival)⁽³⁶⁾. Tampoco se subsume en este precepto el ataque de varias personas contra una, al exigir el Código hondureño riña de «varias personas entre sí confusa y tumultuariamente». En España, la STS de 14 de abril de 1984, bien claro estableció que, para la viabilidad del homicidio en riña tumultuaria, «es preciso la pluralidad de ofensores y ofendidos». Y la STS de 26 de septiembre de 1988 dijo al respecto: «Cuando, como en este caso, tres sujetos, concertados, de antemano, expresa, o, al menos, tácitamente, acometen a otro y le agreden sañudamente, infiriéndole "innumerables cortes y heridas" que le causaron la muerte, es ocioso y vano intentar subsumir el comportamiento, de los referidos sujetos, en la hipótesis de homicidio en riña tumultuaria».

En fin, el ataque mortal de varios contra uno habría de ser calificado como coautoría de un homicidio, agravado además, en su caso, por la circunstancia de abuso de superioridad del artículo 27.7) del Código Penal.

(36) En esta misma línea, afirma la STS de 30 de octubre de 1984 que es aplicable el tipo genérico del homicidio y no el de homicidio en riña tumultuaria «incluso en aquellos casos en los que hubo concierto previo y actuación conjunta mediante la realización de acciones sincronizadas y tendentes a un mismo fin, aunque dichos concierto y conjunción fueren súbitos y no deliberados, y hasta de carácter tácito, a pesar de que no llegare a constar quién de los concertados causare concretamente la muerte».

B) Sujeto pasivo

Frente a la opinión de quienes entienden que el fallecido puede ser un extraño a la reyerta, hay que mantener que es necesario que haya intervenido en la riña, como contendiente o como pacificador.

C) Que no conste quién ha sido el autor de la muerte.

Si el autor de la muerte es conocido, aunque se produjera en riña tumultuaria, pasan los hechos a integrar el tipo ordinario del homicidio. Los demás que hayan intervenido en la riña y conste que agredieron a la víctima (si no se aplica su coautoría en el homicidio por no haber base bastante para ello), deberán responder por el ilícito de lesiones que corresponda, a título de delito o falta. Por ello, cuando se sabe y se puede concretar quién es el causante de la muerte, no puede sostenerse la aplicación de este tipo penal, incluso en el caso de que el autor se encuentre en paradero desconocido o esté exento de responsabilidad criminal.

La jurisprudencia española ha sido tajante al afirmar, en este sentido, que, por mucha confusión y caótico tumulto que hubiera en la pelea, si se sabe quién es el autor, jamás habrá lugar a la especialidad del tipo. La STS de 6 de julio de 1990 decía al respecto que «la peculiaridad de la riña tumultuaria no sólo radica en la confusión y tumulto, sino -esencialmente- en la imposibilidad de conocer el autor de la muerte; ahora bien, si el autor es conocido -como sucede en el supuesto de autos- desaparece la especialidad y pasan los hechos a integrarse en el tipo ordinario del homicidio». Y, en el mismo sentido, ha señalado el ATS de 11 de mayo de 2001 que, «cuando el agresor es una sola persona, su conducta está descrita con precisión en el *factum* de la sentencia y la causación de las lesiones aparece probada como imputable a su obrar, no se dan aquellos presupuestos y no es aplicable por tanto el precepto invocado sino el correspondiente precepto que tipifica los hechos como constitutivos de un delito de homicidio».

D) Que se haya ejercido violencia sobre la víctima

Tiene que constar debidamente probado que los autores del homicidio en riña tumultuaria ejercieron violencia sobre la víctima (son autores «cuantos hubieren ejercido violencia sobre la víctima», según el texto del art. 119 del CP). Por violencia hay que entender solamente la física (no la psíquica). El problema es delimitar si serán condenados todos los que hubieren ejercido «cualquier género» de violencia sobre la víctima, o sólo quienes esté probado que ejercieron violencia grave. El texto punitivo no distingue al respecto y, por tanto, podrán responder de este delito todos aquéllos de quien se pueda probar que ejercieron violencia sobre la víctima (ya sea

de la que ocasiones lesiones graves, menos graves o leves). Con todo, parece razonable que, si consta quiénes ejercieron la violencia más grave, sean éstos los condenados por homicidio en riña tumultuaria y no el resto. Ello no significa que los demás queden impunes; a aquéllos a quienes no les fuera aplicable el tipo, habría de imputárseles las concretas acciones violentas realizadas, a título de delito o de falta.

5. HOMICIDIO CULPOSO

La figura del homicidio culposo está recogida en el artículo 121 del Código Penal de Honduras, según el cual:

El autor de un homicidio culposo será castigado con tres (3) a cinco (5) años.

Si el autor hubiese cometido el hecho como consecuencia de encontrarse en estado de ebriedad o de haber consumido drogas prohibidas por la ley, se castigará con la pena de reclusión de cinco (5) a ocho (8) años.

La razón de ser de este precepto se justifica por un doble motivo: 1) Por una parte, el Código Penal hondureño no contiene una cláusula general de delitos de imprudencia, sino que ha optado por tipificar de forma individualizada cada una de las figuras delictivas que son susceptibles de comisión culposa. No existe un *crimen culpae*, sino diversos *crimina culposa*, en forma de *numerus clausus* o lista cerrada, por lo que no hay más delitos culposos que los previstos legalmente de forma expresa. 2) Por otra parte, no hay ninguna duda sobre la posibilidad de cometer un homicidio de forma culposa y no dolosa, a diferencia de lo que ocurre con el asesinato, en el que el fundamento de mayor reproche de culpabilidad que lo caracteriza no es congruente con la imprudencia. El concepto de delito culposo aparece en el artículo 13 del Código Penal, que señala:

El delito es culposo cuando es resultado de imprudencia, impericia o negligencias 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, se impondrá la pena del delito doloso rebajado en un sexto.

Los requisitos del homicidio culposo son los siguientes⁽³⁷⁾: en primer lugar, una acción u omisión voluntaria que crea una situación de riesgo previsible y evitable para bienes jurídicamente protegidos (en este caso para la vida humana); en segundo lugar, la infracción de una norma de cuidado que obliga, bien a advertir el riesgo que se crea con la acción u omisión, bien a evitar que el riesgo se concrete en una efectiva lesión, obligaciones que dan lugar respectivamente, si se infringen, a la culpa inconsciente por no haber sido advertido el riesgo y a la culpa consciente por no haber sido evitada la lesión, sin que forzosamente haya de considerarse más grave la consciente que la inconsciente; y, por último, la producción de un resultado dañoso –muerte de una persona– derivado de aquella descuidada conducta, de forma que entre ésta y el daño exista una adecuada relación de causalidad.

El delito de imprudencia tiene, pues, la siguiente estructura:

a) El tipo objetivo está integrado, de un lado, por una acción u omisión cuyo desvalor radica en la infracción de una norma social de cuidado, esto es, en el incumplimiento del deber de advertir el riesgo creado por la acción u omisión y, en su caso, de evitar que el riesgo advertido se concrete en una efectiva lesión. Y, de otro, en la resultancia de un hecho previsto en uno de los tipos delictivos que, en virtud de un precepto expreso de la Ley, admiten la forma culposa (en nuestro caso, el homicidio).

b) El tipo subjetivo, por su parte, está integrado por la ausencia de intención o voluntad con respecto al resultado dañoso (lo que exige ausencia de dolo, tanto directo como eventual), y por la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado cuyo cumplimiento se omite conscientemente, pudiendo presentar esta parte subjetiva del tipo dos formas que no difieren precisamente por su gravedad sino por la naturaleza del deber de cuidado infringido, cuales son la culpa inconsciente en que se infringe voluntariamente el deber de advertir el riesgo y la culpa consciente en que se infringe de la misma manera el deber de evitar el riesgo advertido.

Dicho en palabras de la STS 2445/2001, de 22 diciembre, como requisitos configuradores de las infracciones culposas merecen señalarse:

a) una acción u omisión voluntaria, no intencional o maliciosa, o sea, que se halle ausente en ella todo dolo directo o eventual; b) factor psicológico o subjetivo, eje o nervio de la conducta imprudente en cuanto propiciador del riesgo, al marginarse la racional presencia de las consecuencias nocivas de la acción u omisión empeñadas, siempre previsibles, prevenibles y

⁽³⁷⁾ Véanse, entre otras muchas, las SSTS español 1904/2001, de 23 de octubre; 561/2002, de 1 de abril y 1351/2002, de 19 de julio.

evitables; elementos de raigambre anímica no homogeneizable y, por lo mismo, susceptible de apreciarse en una gradación diferenciadora; c) factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, definido el mismo no sólo atendiendo a la respuesta exigible a un hombre consciente, de prudencia e inteligencia media, sino, también, a un conjunto de reglas extraídas de la estimable cantera de la común y diaria experiencia, muchas de ellas cristalizadas y consolidadas a través de normas reglamentarias o de otra índole, aceptadas e impuestas en la vida social y en cuyo escrupuloso atendimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro acentuadas por sobrevenencia de circunstancias excepcionales; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes, al erigirse aquéllos en reglas rectoras de un sector actuacional; el reproche de culpabilidad pasa por la constatación de que el autor, con su comportamiento peligroso, ha infringido el deber de cuidado requerido, en general, en el tráfico en aras de la evitación del resultado dañoso, mostrándose igualmente inobservante de aquellas previsiones que eran exigibles en atención a sus personales aptitudes; d) originación de un daño, temido evento mutatorio o alterador de situaciones preexistentes; e) adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado e inobservante, desatador del riesgo, y el *damnum* o mal sobrevenido, lo que supone la traducción del peligro potencial entrevisto o podido prever en una consecuencialidad real, en un efectivo resultado lesivo; constatación de la relación causal que conecta el efecto criminal con el comportamiento delictivo, juicio «a posteriori» que permite atribuir el efecto dañoso a la acción humana desplegada por el agente.

Es de retener que el fundamento del delito imprudente reside precisamente en la infracción o inobservancia del deber objetivo de cuidado. De ahí que, a la hora de analizar el homicidio culposo *ex post*, es decir, una vez producido el resultado, sea preciso examinar si la conducta del agente, de haber cumplido *ex ante* con los deberes de cuidado exigibles, habría causado o no dicha muerte. En el caso de que la respuesta sea que el resultado se habría evitado, existe el homicidio imprudente. En el caso contrario, la conducta será atípica, pues hay que evitar en todo caso caer en la responsabilidad objetiva, admitida en la culpa o negligencia civil, pero absolutamente proscrita en Derecho Penal⁽³⁸⁾.

En el supuesto de que una misma acción imprudente (por ejemplo un accidente de tránsito) cause varias muertes, han de considerarse cometidos tantos delitos de homicidio imprudente, en concurso ideal, como víctimas se hayan producido, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 36 del Código Penal.

Finalmente, resulta llamativo que, cuando el delito de homicidio imprudente sea cometido como consecuencia de encontrarse su autor en estado de ebriedad o de haber consumido drogas prohibidas por la ley, esta circunstancia no solo no opere

(38) Incurre en homicidio culposo quien, consciente de la intoxicación etílica de su compañero de residencia y de estudios, le dio un fuerte empujón que le hizo caer inerte por la escalera, produciéndose traumatismo craneal y el fallecimiento a las pocas horas (STS de 21 de abril de 1987). Aun el más torpe entiende que empujar a una anciana en la parte alta de unas escaleras puede provocar su caída y que se golpee con la cabeza en los escalones o en la balaustrada, como así ocurrió (STS 215/93, de 4 de febrero).

como atenuante (como correspondería de aplicarse la cláusula general del artículo 26.3 del CP), sino que funcione como agravante, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 121; la explicación debe hallarse, sin duda, en razones de política criminal.

6. INFANTICIDIO

Según el artículo 123 del Código Penal de Honduras:

La madre que para ocultar su deshonra da muerte al hijo que no haya cumplido tres (3) días de nacido, será sancionada con seis (6) a nueve (9) años de reclusión.

Nos encontramos ante un delito autónomo, ya que, por argumentos criminológicos, el legislador opta por crear un tipo privilegiado frente al homicidio, castigando con una pena sensiblemente inferior la conducta de la madre.

Sin embargo, es curioso comprobar que esta autonomía privilegiada es relativamente reciente, pues, hasta finales del siglo XVIII, la muerte del recién nacido se castigaba en Europa con la pena capital, situación contra la que Beccaria y otros autores destacaron la angustiada situación de la madre que, para evitar que fuera conocida su deshonra, mataba al hijo. La atenuación del castigo la recoge por primera vez el Código Penal austríaco de 1803, siendo aceptada por otras legislaciones, entre ellas en el Código español de 1822.

Criminológicamente se consideran dos clases de factores explicativos de la conducta infanticida: unos endógenos, derivados de trastornos post-parto, y otros, exógenos, consecuencia de una coacción ético-social. Pues bien, en el Código que estamos analizando se pone el acento en estos últimos, ya que el fundamento de la atenuación se encuentra en la *causa honoris*, ánimo de ocultar la deshonra, que constituye el elemento subjetivo del injusto. No se trata, pues, de una presunción de menor culpabilidad, sino que la ley ha convertido el infanticidio en una criticable colisión o conflicto de valores o bienes jurídicos, nada más y nada menos que entre la vida y la honra, que opera incluso cuando haya sido realizado por la madre con total frialdad de ánimo y en estado que permita el completo reproche de culpabilidad.

Precisamente, la apreciación de que la presión ético-social sobre la madre se ha rebajado en la sociedad actual, al disminuir o incluso desaparecer el reproche social de que era objeto la maternidad habida fuera del matrimonio, es lo que ha llevado al legislador español a suprimir esta figura delictiva en el Código Penal de 1995, de manera que la madre responderá por homicidio o, más frecuentemente, por

asesinato, con el juego normal de agravantes (especialmente la de parentesco) y atenuantes (si procede la aplicación en su caso de trastorno mental transitorio, estado de necesidad exculpante, arrebató u obcecación, etc.).

Podemos sistematizar las principales cuestiones que suscita el infanticidio de la siguiente manera:

A) Sujeto activo

Sólo puede serlo la madre. Puede plantearse la participación de alguna otra persona; es posible que la madre quiera «ocultar su deshonor» a terceros, pero que su estado de embarazo sea conocido por alguna persona de su íntima confianza (amiga, su propia madre, etc.). La cuestión es decidir si este conocimiento del embarazo por alguien más excluye necesariamente la aplicación del infanticidio, castigándose los hechos como parricidio para la madre y de asesinato para el partícipe (porque ya hemos comentado que en el matar a un recién nacido concurre alevosía), o se mantiene la atenuación para la madre, y el partícipe responde en cambio por asesinato según lo visto.

B) Sujeto pasivo

Ha de ser un recién nacido, concepto que viene delimitado por el propio precepto ya que sólo se aplicará esta figura agravada cuando el hijo no haya cumplido tres días de vida, a partir de cuyo momento se aplicará el citado tipo de parricidio con la concurrencia de la agravante genérica de alevosía. El cómputo se efectuará por horas, tal y como señala el artículo 60 del CP (72 horas de vida), siempre que ello sea posible (si hay certificado de nacimiento); de lo contrario habrá que establecer el momento del parto por otras pruebas y operar a favor del reo cuando haya dudas sobre el transcurso de las 72 horas de vida.

Hay que distinguir este delito también del aborto, que como veremos más adelante, según el art. 126 del Código Penal, se producirá con el límite cronológico máximo del momento del parto.

C) Elemento subjetivo

La razón de ser de este tipo especial es el ánimo de ocultar la deshonor. Independientemente de que la madre sea casada, viuda o soltera, debe exigirse que su único y exclusivo móvil sea el que su honra se vea afectada por el nacimiento del hijo. De lo contrario debería aplicarse el tipo del parricidio.

La antigua jurisprudencia española no dudó en señalar que si la honra

estuviese perdida, bien por ser «mujer pública» (SSTS de 6 de noviembre de 1972, 18 de marzo de 1978), bien por ser «mujer de vida impúdica y público deshonor» (STS de 30 de noviembre de 1927), bien por llevar «vida marital pública» o bien por ser «madre soltera pero con otro hijo anterior» (STS de 5 de febrero de 1948), el tipo del infanticidio no podía ser aplicado y sí, sin embargo, el de parricidio. También consideró el tribunal Supremo inaplicable el infanticidio cuando el embarazo o el parto era públicamente conocido (SSTS de 20 de febrero de 1952, 6 de noviembre de 1972). Por el contrario, en un supuesto de madre soltera que mata a su hijo recién nacido, el Tribunal Supremo aplicó el infanticidio, pues «a pesar del parto anterior», la mujer trataba de reconstruir su vida y conservar su empleo como doméstica (STS de 8 de mayo de 1959). Con posterioridad, el Tribunal Supremo acuñó una interpretación más dinámica del precepto, adecuándolo a la realidad social. Así, entendió que el concepto tradicional de honra, vinculado en la mujer especialmente a la abstención de relaciones sexuales fuera del matrimonio, difícilmente podía mantenerse en la sociedad moderna. Aplicar, sin más, el delito de infanticidio a las madres solteras resultaría inadecuado porque actualmente el reproche social o no existe o es de una entidad tan nimia e insignificante que no puede servir de base a la casi exoneración de un hecho tan execrable como dar muerte voluntariamente a un hijo (STS de 12 de mayo de 1988).

7. TENTATIVA DE SUICIDIO

El artículo 124 del Código Penal prescribe:

A quien intentare suicidarse, se le impondrá una medida de seguridad consistente en un adecuado tratamiento psiquiátrico.

El suicidio, esto es, la acción de quitarse violenta y voluntariamente la vida, no se castiga en las legislaciones modernas. Por ello el artículo transcrito no tipifica una acción delictiva, sino que se limita a describir una acción que conlleva una medida de seguridad, nunca una pena. La previsión legal tiene su razón de ser en lo dispuesto por el artículo 59, apartado primero y el artículo 65 de la Constitución de Honduras, que señalan, respectivamente: «*La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla*» y «*El derecho a la vida es inviolable*». Con todo, es de señalar la contradicción que supone este precepto con lo dispuesto en el artículo 2D.II del CP, en taxativamente determina 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».

El artículo 124, en consonancia con lo previsto en el artículo 82 del propio Código Penal, establece una medida de duración absolutamente indeterminada, lo

cual plantea problemas de proporcionalidad. Según el artículo 83.1), la medida que correspondería sería el internamiento en un establecimiento psiquiátrico para su tratamiento; medida sometida a control judicial conforme a lo prevenido por el artículo 89 del CP.

8. INDUCCIÓN O AUXILIO AL SUICIDIO

Según el artículo 125 del Código Penal de Honduras:

Quien indujere a otro a suicidarse o le prestare auxilio para que lo haga, será penado con reclusión de tres a seis años, si el suicidio se consumare. En el caso de que el suicidio no se llegare a consumar, el colaborador en la tentativa del mismo será sancionado con reclusión de uno a tres años.

Estas conductas, independientemente de su escasa frecuencia, plantean interesantes problemas dogmáticos por la importancia de los bienes jurídicos afectados, y porque llevan directamente a la importante cuestión de la eficacia del consentimiento en los delitos contra la vida.

Para poder exigir responsabilidad penal al partícipe es necesario que la acción principal sea típica (principio de accesoriedad de la participación). Efectivamente, si se trata de la participación en un hecho ajeno, y este hecho —el suicidio— es impune, obvio sería decir que cualquier actuación que participe en tal hecho impune es también impune. Por ello, para poder penar a los inductores o auxiliadores en un suicidio, es necesario establecer una figura en la Parte Especial del Código Penal, de suerte que las conductas descritas no sean formas de participación, sino tipos de autoría propiamente dicha. A esta necesidad responde el transcrito artículo 125.

De acuerdo con la redacción de la acción típica, ésta puede revestir dos formas: inducción y auxilio al suicidio

A) Inducción al suicidio

La acción consiste en inducir o determinar a otra persona para que se suicide. No importa el medio empleado siempre que el sujeto activo instigue o mueva de forma directa y eficaz al suicidio. Inducir es, en fin, hacer nacer una voluntad suicida donde antes no existía. No existe inducción si el suicida ya estaba decidido a quitarse la vida; sí hay inducción si el ánimo del suicida estaba más o menos predispuesto, pero no decidido.

La voluntad de darse muerte ha de ser libre y consciente. Falta esa voluntad

libre cuando se «fuerza» a alguien al suicidio, en cuyo caso estaríamos ante un homicidio (o asesinato)⁽³⁹⁾. Tampoco cabe la inducción (ni forma alguna de cooperación al suicidio), cuando la víctima es inimputable o es incapaz de autodeterminarse; no es válido el consentimiento emitido por un menor o incapaz y, aunque el Código nada diga al respecto, un supuesto como éste habría de considerarse como autoría mediata en homicidio o asesinato.

B) Auxilio al suicidio

La prestación de auxilio al suicidio supone una ayuda a una persona previamente decidida a quitarse la vida, que se sanciona igual tanto si el auxilio es o no necesario. La STS español 2031/1994, de 23 noviembre (fj 5), indica al respecto:

El auxilio al suicidio supone una colaboración, una prestación coadyuvante que ofrezca una cierta significación y eficacia en la realización del proyecto que preside a un sujeto de acabar con su propia existencia. Tiene como límite inferior de la tipicidad la existencia de una mínima aptitud o eficiencia de la conducta desplegada por el sujeto activo en orden a la efectividad de los actos desplegados respecto del suicidio ajeno, y como límite máximo la propia ejecución material de la muerte del suicida, lo que llevaría a la aplicación del último inciso del referido artículo, auxilio ejecutivo al suicidio o ejecución material de la muerte consentida. El caso del mero auxiliador, necesario o no, como el del auxilio ejecutivo del suicidio, requieren que la conducta del sujeto activo sea de colaboración prestada a la muerte, en relación de causalidad con su producción y con pleno conocimiento y voluntad de cooperar a la misma, de tal modo que sea el propio suicida el que tenga, en todo momento, el dominio del hecho, o sea, el sujeto activo no haga otra cosa que cumplir la voluntad libre y espontáneamente conformada y expresamente formulada por quien en todo momento decide su finalización o desiste.

El problema más arduo es el relativo al auxilio omisivo. ¿Puede cometerse este delito mediante una omisión impropia o comisión por omisión? La doctrina se encuentra dividida. Por una parte hay quienes sostienen que el auxilio omisivo al suicidio es posible sin más requisitos en el omitente que el mero hecho de no impedir, pudiendo hacerlo, tal suicidio (el hecho de dejar que alguien coja un tóxico de una vitrina o una pistola para suicidarse podría ser, en tal caso, auxilio al suicidio). Otros exigen, en el omitente, que exista una obligación de actuar, derivada de una posición de garante (deberá existir entonces un deber jurídico de evitar el resultado, conforme a los criterios expuestos al tratar la comisión por omisión en el homicidio). Y, por último, están quienes niegan la posibilidad de castigar los comportamientos de auxilio omisivo al suicidio, argumentando que la expresión «prestar auxilio», del artículo 125 del CP, equivale a «dar auxilio», a «poner la *actividad* de uno al servicio del suicida», lo cual impide dar cabida en el tipo a comportamientos estrictamente omisivos. Se ha dicho, en apoyo de este último planteamiento, que la omisión no es

(39) Piénsese en la persona a quien se pone en la tesitura de optar por suicidarse o, de lo contrario, su familia será perseguida.

punible ni siquiera cuando exista posición de garante ya que el deber de garantía resultaría «cancelado» por la libre decisión del suicida y, en el caso de que no existiera tal deber, sería inexigible la prestación de auxilio a quien no la desea.

El Tribunal Supremo español señala que el auxilio implica «ayuda tanto necesaria como accesorio, y tanto activa como pasiva, que requiere, en todo caso, el consentimiento del auxiliado y que puede obedecer a móviles altruistas o morales -piedad, respeto, afecto o sumisión- pero también a móviles abyectos» (STS 2031/1994, de 23 noviembre). En cualquier caso, el auxilio que ahora nos ocupa es el llamado «no ejecutivo», frente al auxilio ejecutivo u homicidio-suicidio, del que trataremos seguidamente.

¿Sería auxilio la mera pasividad ante el suicidio? Por ejemplo, quien no corta la soga del ahorcado o quien no avisa al médico cuando el suicida se está desangrando. La situación de peligro no habría sido creada por la omisión. ¿Podría constituir una falta de omisión del deber de auxilio del artículo 399.4 del CP?

En ninguna de las dos formas de acción típica (inducción y auxilio) hay referencia a los móviles que deban guiar al sujeto, siendo aplicable en su caso la circunstancia atenuante del artículo 26.12 («haber obrado por móviles nobles, altruistas o piadosos»).

C) Homicidio-suicidio

Como particular modalidad del auxilio está el llamado homicidio-suicidio. Se trata de aquellos supuestos en que la cooperación del sujeto activo llega hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, tras un consentimiento expreso y manifestado mediante la petición de la víctima. A esta modalidad de auxilio, la doctrina lo denomina «homicidio-suicidio, homicidio consensual, homicidio consentido, auxilio ejecutivo al suicidio o, finalmente, homicidio concertado con la víctima que desea morir, figura delictiva que requiere inexcusablemente la anuencia del sacrificado» (STS 2031/1994, de 23 de noviembre). Esta acción tiene, en el Código Penal español, mayor desvalor y se encuentra más gravemente penada.

Este tema nos introduce en la discutida cuestión de la eutanasia, con sus distintos tipos (activa o directa, indirecta y pasiva), que se regula de forma novedosa en el Código Penal español de 1995 como un subtipo atenuado del homicidio-suicidio (exigiéndose la petición expresa, seria e inequívoca de la víctima, y que ésta sufra una enfermedad grave, que conduzca necesariamente a su muerte, o que produzca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar). De darse un supuesto de esta índole, habría de calificarse según el CP hondureño como auxilio, pero a la hora de individualizar la pena habría que tener en consideración la

conurrencia de móviles altruistas y piadosos (art. 26.12 CP).

D) Las huelgas de hambre

Relacionada con el auxilio al suicidio está la problemática planteada en las huelgas de hambre de personas que se encuentran internadas en centros penitenciarios, en hospitales públicos, o cumpliendo el servicio militar. Se plantea, en estos casos, un conflicto entre el supuesto derecho de los huelguistas a provocar su propia muerte y el derecho-deber de los órganos del Estado bajo cuya custodia se encuentran de velar por su vida y salud.

Ante el Tribunal Constitucional español llegaron varios recursos de amparo interpuestos por presos terroristas que realizaron huelgas de hambre reivindicativas. El Alto Tribunal tuvo ocasión de efectuar la ponderación entre los derechos fundamentales a la vida, la integridad física y moral y la prohibición de sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes. Las conclusiones adoptadas en varias sentencias por dicho Tribunal (SSTC 61/90, 120/90 y 137/90), que se reproducen por su interés interpretativo a la hora de analizar esta importante materia, pueden resumirse en las siguientes:

1) *El derecho a la vida (art. 15 de la CE y 65 de la CH)*. Tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ciertamente es que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte son actos que la ley no prohíbe; pero no constituyen un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo o auxilio de las instituciones públicas. La Constitución española, por tanto, no garantiza el inexistente derecho a la propia muerte.

Desde la perspectiva del derecho a la vida, la asistencia médica obligatoria autorizada por resolución judicial no vulnera dicho derecho fundamental, porque en éste no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida, ni es constitucionalmente exigible a la Administración Penitenciaria que se abstenga de prestar una asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que la Constitución protege.

2) *El derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE y 68.I CH)*. Este derecho protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. De ahí que este derecho constitucional resulte afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad (con independencia de cuál sea el móvil); por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho

fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional.

La Administración Penitenciaria, como garante de la vida de los internos, tiene la obligación legal de proteger su vida acudiendo, en caso de peligro de muerte, a imponer la asistencia médica coactivamente. Con el cumplimiento de ese deber del Estado no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, pues la restricción que al mismo constituye la asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (STC 53/1985).

3) *Prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes (art. 15 CE y art. 68.II CH)*. «Tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente. Para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes, es necesario que «éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de condenas» (SSTC 65/1986 y 89/1987).

De acuerdo con estos criterios, la imposición de una intervención médica dirigida a evitar, mientras sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria en modo alguno puede calificarse de «tortura» o «tratos inhumanos o degradantes». En esta actuación médica, ajustada a la *lex artis*, no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación o indignidad. Que para efectuar dicha intervención se permita el empleo de medios coercitivos no es aquí determinante, pues no es la proporcionada coercitividad de trato lo constitucionalmente relevante, sino su desmedida severidad, su innecesario rigor y su carácter vejatorio.

4) En resumidas cuentas:

a) La naturaleza de las relaciones jurídicas entre un preso y la Administración Penitenciaria entra dentro del concepto de las llamadas «relaciones especiales de sujeción», que originan un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el interno, entre los que destaca la esencial obligación de aquélla de velar por la vida, la integridad física y la salud del preso.

b) La autorización judicial a los médicos para emplear los medios coercitivos «estrictamente necesarios» (como la alimentación parenteral y el empleo de medios mecánicos), tan pronto como el recluso corra grave y cierto peligro (de muerte o de

entrar en una situación irreversible, máxime si se encuentra ya con pérdida de conciencia), no supone un trato inhumano o degradante ni vulnera su derecho a la integridad física y moral. Se trata ciertamente de una limitación a ese derecho, pero ha de estimarse proporcionada y constitucionalmente lícita, al tener como fundamento la preservación de la vida del interesado.

II. DEFENSA DE LA VIDA HUMANA EN GESTACIÓN. EL ABORTO

A la defensa de la vida prenatal, es decir, del ser humano aún en gestación, se dedica el capítulo II del título I del libro II del Código Penal, tipificando el delito de aborto. Este delito suscita en los últimos tiempos enconadas polémicas, en las que teólogos, moralistas, sociólogos, médicos, juristas y agrupaciones de mujeres aportan puntos de vista de la más diversa índole; en esta sede nos vamos a limitar a exponer las cuestiones técnico-jurídicas que se deducen del derecho positivo contenido en el Código Penal.

1. CUESTIONES GENERALES

A) Bien jurídico protegido

El aborto aparece definido en el artículo 126 del Código Penal como «*La muerte de un ser humano en cualquier momento del embarazo o durante el parto*».

De acuerdo con la citada definición del Código Penal, el aborto se nos presenta como un delito contra la vida humana dependiente, durante la vida prenatal⁽⁴⁰⁾. El bien jurídico protegido es la vida del que está por nacer que, según la STC español 53/1985, «es un bien jurídico constitucionalmente protegido» (art. 15 CE)⁽⁴¹⁾. También la Constitución hondureña reconoce como derechos individuales en los artículos 65 y 67 que «El derecho a la vida es inviolable» y que «Al que está por nacer se le considerará nacido para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la Ley»; luego, también en Honduras puede afirmarse que la vida del que está por nacer es un bien jurídico protegido constitucionalmente.

(40) Conviene precisar que lo que se protege es la «vida prenatal», no la «vida en formación». El feto tiene vida; la vida existe ya, lo que se está formando, lo que se está gestando es la persona, el ser humano. Incluso hablar de «vida humana dependiente», sin más, supone dejar un cierto margen de imprecisión, pues también es dependiente, aunque lo sea en menor medida, la vida del recién nacido respecto de las personas mayores.

(41) La STC 53/1985, sostiene que la vida humana no se puede concebir como algo estático y acabado, sino que «es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital». De aquí se deduce que la tutela penal del delito de aborto recae sobre una etapa de dicho proceso, es decir, sobre una etapa de la vida humana en desarrollo. Esta conclusión no queda invalidada por el hecho de que el homicidio sea castigado con una pena mayor que el aborto, pues esa diferencia no es más que el reflejo normativo de los cambios cualitativos que se producen en el proceso de desarrollo de la vida humana.

Además, aunque sea secundariamente, la doctrina y la jurisprudencia se refieren a la protección de otros bienes jurídicos, como la vida y la salud de la madre⁽⁴²⁾ e incluso el interés demográfico del Estado⁽⁴³⁾.

Es de tener en consideración que los saltos cualitativos que se producen en el fenómeno biológico de la vida juegan un papel determinante a la hora de concretar la valoración que merecen las concretas conductas que contra ésta atentan. El nacimiento es el hito más importante en la evolución vital y, de ahí, que no merezca la misma consideración la vida enteramente formada y postnatal que la prenatal. Y, dentro de esta última, tiene un mayor valor la vida cuanto más se aproxima al momento del nacimiento. Es natural, por tanto, que, en la despenalización de determinados supuestos de aborto, se considere que deben prevalecer los intereses de la madre en los primeros momentos del embarazo, mientras que posteriormente adquieren preeminencia los del *nasciturus*.

B) Sujeto pasivo

En cuanto al sujeto pasivo, su determinación aparece directamente vinculada al bien jurídico protegido. Si admitimos que la tutela se proyecta sobre la vida prenatal, sobre la vida del ser humano en gestación, su titular podría ser: a) el que está por nacer (solución criticada dada la incapacidad del no nacido para ejercer sus derechos, pero tampoco el muerto en un homicidio puede ejercer acciones penales y no por ello se le niega la condición de sujeto pasivo del delito); b) la madre del ser en gestación (solución que no es compatible con una legislación que castiga a la propia mujer que causa su aborto o consiente que otro se lo cause); c) la Comunidad o el Estado (solución que podría admitirse si se acepta que la protección penal de la vida en gestación responde a un interés social y no meramente individual).

(42) Criterio que es difícilmente sostenible, al menos en algunos supuestos. Desde el momento en que se castiga el autoaborto y el aborto consentido, no es posible sostener que la vida e integridad física de la mujer sean bienes jurídicos directamente protegidos por el delito de aborto, aunque sí se los puede considerar objeto de tutela penal en los supuestos de aborto no consentido.

(43) La STS español de 20 de diciembre de 1980, reconoce que en el delito de aborto, la madre «es la protegida junto con el feto de que es portadora y junto con el interés del Estado en su conservación, dándose así una conjunción de sujetos pasivos o, si se prefiere de intereses jurídicos protegidos, perfectamente posible; pero si el aborto es consensual, por haber consentido en su perpetración la propia embarazada, ello sólo indica -dado que no pueden coexistir en una misma persona las cualidades de sujeto activo y pasivo del delito por ser antagónicas- que se reducen a dos los bienes protegidos: el de la vida del feto y el del Estado que tiene un interés ético, familiar o simplemente demográfico (según el punto de vista legislativo que al respecto se adopte) en la conservación del *nasciturus*».

Se trata, en cualquier caso, de una cuestión dogmática de escasa o nula trascendencia práctica, puesto que el sujeto pasivo del delito no puede confundirse con las personas legitimadas para iniciar la persecución del delito o para constituirse en parte en un proceso penal.

C) El objeto material

Objeto material del delito de aborto es el *embrión* o *feto vivo* y con *viabilidad intrauterina*. El producto de la concepción es viable cuando cabe esperar un desarrollo fisiológico normal que culmine con un nacimiento con vida. Por ello, se ha de excluir del ámbito del objeto material de este delito, todo producto cuya continuidad no supusiera el nacimiento de un ser humano vivo. Se marca así una importante diferencia entre la tutela de la vida prenatal y de la postnatal: para esta última es por completo irrelevante la viabilidad futura del ser ya nacido, mientras que en la tutela de la vida prenatal se toma muy en consideración tal viabilidad, pues de lo que se trata es de avanzar la protección de la persona a momentos anteriores al nacimiento.

Partiendo de las anteriores premisas, quedan excluidos del delito de aborto, por falta de objeto material, aquellos casos en que el feto ya está muerto, o si se trata de una mola (entendiéndose por tal el óvulo fecundado y abortivo que, en lugar de generar y morir, se hace parásito de la sangre de la madre). Igualmente queda excluido el embarazo extrauterino o ectópico (las dificultades para que un embarazo tal termine con el normal nacimiento de un ser vivo son tan extraordinarias, en proporción de 1/2000, que lo normal es que sea inviable).

Ha de señalarse que los supuestos de fecundación *in vitro*, a partir de su anidación en el útero materno, en nada se diferencian en su tratamiento punitivo de un embarazo natural. Cuestión distinta es la destrucción del óvulo fecundado antes de su implantación en el útero de la mujer, hecho que la doctrina considera ajeno al delito de aborto puesto que el ámbito de protección no abarca la etapa de desarrollo embrionario anterior a la anidación (lo cual aparece íntimamente ligado a la determinación del límite temporal mínimo del objeto material del aborto, que enseguida abordaremos).

El concepto de viabilidad intrauterina no debe confundirse con la capacidad del *nasciturus* para vivir fuera del claustro materno (viabilidad extrauterina); característica que, de ningún modo puede ser requisito de un delito que protege el

proceso de formación de la vida humana⁽⁴⁴⁾. Si después de un aborto provocado, el feto nace vivo pero, pese a los especiales cuidados médicos prodigados, se produce su muerte escasos días después a causa de una afección asociada a su condición de prematuro, el hecho es considerado como aborto consumado. Así lo señala la STS de 6 de diciembre de 1985:

El aborto consiste en la muerte maliciosa de un feto o producto de la concepción humana, ya privándole de la vida intrauterina dentro todavía del claustro materno, ya empleando los medios que provocan la expulsión prematura, produciéndose la muerte en el exterior por falta de condiciones de viabilidad; bien de la vida, en cuanto *spes personae*, el atacado, vida del *nasciturus* en estado de dependencia que, por no poder perdurar autónomamente al ser separado de forma prematura del albergue natural materno, periclita y se destruye al igual que si se hubiese puesto fin a la misma en el seno de la gestante.

En cuanto al *límite temporal mínimo* del objeto material del aborto, el debate gira en torno a si por tal debe entenderse el momento de la fecundación o el de la anidación. La mayoría de la doctrina se inclina por esta última solución (la anidación se produce generalmente al decimotercer día posterior a la concepción). La elección de este momento responde tanto a criterios científicos (se calcula que alrededor del 50% de los óvulos fecundados se pierden espontáneamente antes de la anidación), como a criterios prácticos (dificultades de prueba sobre la fecundación antes de la anidación del óvulo: los test de embarazo no ofrecen seguridad sino hasta unos días después de producida la concepción). Su consecuencia principal, desde el punto de vista práctico, es la atipicidad de todas las conductas dirigidas a evitar la anidación del óvulo ya fecundado, en especial, el uso de dispositivos intrauterinos (DIU).

Por lo que respecto al *límite temporal máximo* de aplicación de los tipos de aborto, coincide con el límite temporal mínimo del objeto material del homicidio. Las opiniones en la doctrina española, como pudimos ver en su momento, oscilan entre el comienzo del parto, la total expulsión del feto, el corte del cordón umbilical y la respiración pulmonar autónoma. La primera de dichas opiniones no resulta de aplicación en el derecho penal hondureño, toda vez que la muerte de la criatura «durante el parto» es expresamente considerada como aborto, de manera que lo determinante será el momento final del parto, optando, para fijarlo, por alguna de las

(44) La STS español de 20 de enero de 1984 trató un caso en el que la condenada alegaba que no había delito de aborto al no haberse producido la destrucción de un feto, puesto que el huevo fecundado no es feto. El Alto Tribunal señala que esta tesis no puede ser aceptada, «en cuanto que es doctrina reiterada de esta Sala que el delito de aborto consiste en la interrupción, provocada dolosamente, del proceso de gestación de una mujer y la consiguiente expulsión prematura del feto o del producto de la concepción, sea aquél viable o no lo sea, y aunque en el caso enjuiciado fuera un embrión lo expulsado por la gestante, por no haber llegado a los tres meses de gestación, la actuación de la recurrente es constitutiva del delito de aborto».

restantes teorías anteriormente indicadas. En mi opinión, a la vista de lo dispuesto en los artículos 65 y 67 de la Constitución hondureña («El derecho a la vida es inviolable» y «Al que está por nacer se le considerará nacido para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la Ley»), parece que la solución que mejor armoniza con el texto constitucional es la que más protección ofrezca a la vida del nasciturus, es decir, la que considera terminado el parto una vez que ha sido completamente expulsado el feto, independientemente de que se le haya cortado el cordón umbilical o de que haya respirado autónomamente.

2. MODALIDADES DE ABORTO

Respecto a las modalidades de aborto, el Código Penal las sistematiza de la siguiente forma: en el artículo 126 tipifica las modalidades dolosas del aborto ocasionado por un tercero (con consentimiento de la mujer o sin su consentimiento y, en este último caso, se diferencia según se haya o no empleado violencia, intimidación o engaño). En el artículo 127 establece unas calificaciones profesionales en cuanto al sujeto autor del delito (médico o profesional sanitario). El artículo 128 se refiere al llamado autoaborto y el artículo 132 tipifica el aborto imprudente por actos de violencia.

A) Aborto doloso ocasionado por un tercero

Según el artículo 126 del Código Penal:

El aborto es la muerte de un ser humano en cualquier momento del embarazo o durante el parto. Quien intencionalmente cause un aborto será castigado:

1) Con tres (3) a seis (6) años de reclusión si la mujer lo hubiese consentido;

2) Con seis (6) a ocho (8) años de reclusión si el agente obra sin el consentimiento de la madre y sin emplear violencia o intimidación; y,

3) Con ocho (8) a diez (10) años de reclusión si el agente emplea violencia, intimidación o engaño.

En este precepto se castiga a la tercera persona que, de propósito, ocasionare el aborto, estableciéndose penas distintas según que actúe con el consentimiento de la mujer, o sin él; y, en este segundo caso, según emplee o no violencia, intimidación o engaño. Hay que tener en cuenta que habrá de calificarse también de delito de aborto, en concurso con el homicidio doloso (o asesinato) de la mujer gestante, cuando se dé muerte a la madre conociendo su estado de embarazo. Se tratará de un supuesto de unidad de acción, con un concurso ideal de delitos (art. 36 del CP),

quedando cubierta la muerte de la mujer con dolo directo (o eventual), y la del que está por nacer con dolo indirecto o de consecuencias necesarias.

El artículo 127 establece unas calificaciones profesionales, ya que, a las anteriores penas, añade la multa, cuando sea un médico o profesional sanitario («médico que, abusando de su profesión», y «practicantes de medicina, paramédicos, enfermeros, parteros o comadronas») el que causa o participa en la comisión del aborto. No está expresamente prevista para estos casos la pena de inhabilitación especial como pena principal, pero sí como accesoria (arts. 38, último párrafo, 62 y 63, en relación con los arts. 48 y 49 del Código).

Los tipos señalados son compatibles con las agravantes genéricas del artículo 27. En alguna ocasión se ha puesto en duda la posibilidad de aplicar la agravante de precio, argumentando que, cuando el autor es ajeno al círculo de amistades o al grupo familiar de la mujer, la compensación económica es inherente al hecho. Sin embargo, la jurisprudencia española ha rechazado esta interpretación, afirmando que la agravante de precio es aplicable al tercero que pacta la compensación antes de la interrupción del embarazo (SSTS de 26 de febrero de 1979, 24 de octubre de 1980, 24 de febrero de 1982, 18 de diciembre de 1982, 25 de marzo de 1983, 7 de julio de 1983); se incluye aquí también al tercero «dador del precio» (STS de 26 de febrero de 1979).

No es aplicable, por el contrario, cuando se trata del aborto cometido por profesional, con abuso de su arte, tipificado en el artículo 127 del CP, pues esta agravante específica del abuso profesional absorbe la genérica de precio, puesto que éste no es sino una parte de la actividad que se ejecuta (SSTS de 11 de febrero y 4 de junio de 1977, 30 de enero de 1982 y 7 de julio de 1983).

En cuanto a la participación criminal, existen ciertos supuestos de intervención de terceros, característicos del aborto, que conviene mencionar: La indicación o información sobre la persona que puede practicar el aborto ha sido considerada en ocasiones como simple complicidad (art. 33 CP) y en otras como cooperación necesaria (art. 32 CP); se trata de un acto equívoco, cuyo encuadramiento en uno u otro precepto dependerá, en gran medida, de las circunstancias concretas de cada caso. También se considera cooperación necesaria pagar el precio convenido, sobre todo si además proporciona la dirección de la persona idónea para practicar el aborto o acompaña a la mujer al lugar del hecho (SSTS de 5 de marzo de 1970, 26 de febrero de 1979, 10 de febrero de 1982).

a) Con el consentimiento de la mujer

Cuando el delito de aborto se cometa por terceros con el consentimiento de la

mujer da lugar a la punición de ambas conductas: la del tercero (prevista en el artículo 126.1) y la de la mujer (prevista en el artículo 128). Se trata, por tanto, de un delito plurisubjetivo que requiere la intervención del tercero que causa el aborto y de la embarazada que consiente en ello. El Código Penal castiga con la misma pena ambas conductas (3 a 6 años de reclusión).

El consentimiento de la mujer es eficaz cuando es voluntario, es decir, cuando tiene capacidad para consentir, siendo consciente de las consecuencias, y cuando lo otorga libremente (no mediatizada por violencia, intimidación o engaño). El empleo de cualquiera de estos medios para lograr el consentimiento sirve de fundamento para el tipo agravado del apartado 3, del artículo 126.

b) Sin el consentimiento de la mujer

Es el regulado en los apartados 2 y 3 del artículo 126. La conducta consiste en causar un aborto sin el consentimiento de la mujer. No sólo se produce el aborto, sino que además se violenta la voluntad contraria al mismo de la embarazada. Aunque el consentimiento de la embarazada no justifique la realización de un aborto, el legislador le da relevancia para determinar la pena que corresponde al tercero (menor pena si hay consentimiento, mayor pena si no lo hay).

El consentimiento irrelevante (por ejemplo, el de la enajenada) equivale a falta de consentimiento. Si el tercero cree erróneamente que la mujer consiente y el error era invencible, será condenado por el apartado 1) del artículo 126.

Mayor gravedad existe cuando, para lograr el consentimiento (viciado) de la embarazada se utiliza violencia, intimidación o engaño. Aquí, además del aborto, se producen unas coacciones y/o amenazas. Si cuando la mujer quiere abortar se habla de una contraposición de intereses entre el libre desarrollo de su personalidad y la vida prenatal, cuando se produce un aborto contra la voluntad de la embarazada la lesión del bien jurídico es doble y, por ello, la consecuencia jurídica ha de ser mucho más grave.

En estos casos el consentimiento es como si no existiera y la participación de la mujer resulta impune, ya que no es más que un mero instrumento. Las amenazas y coacciones empleadas quedan consumidas por el tipo penal estudiado (126.3 del CP); no así, las eventuales lesiones de la embarazada causadas por el uso de la violencia, que serán penadas con aplicación de las reglas del concurso de delitos.

B) Aborto ocasionado por la propia mujer (autoaborto) y consentimiento para que otra persona se lo cause

Esta figura delictiva está tipificada en el artículo 128 del Código Penal, según el cual:

La mujer que produzca su aborto o consienta que otra persona se lo cause, será sancionada con reclusión de tres (3) a seis (6) años.

Se recogen dos conductas diferentes: la que podríamos llamar autoaborto y la de prestar el consentimiento para que otra persona lo realice, con la misma pena prevista en el artículo 126 para el tercero que causa el aborto que la mujer consiente.

Naturalmente, el consentimiento de la mujer ha de ser libre y espontáneo, no viciado. Si hubiera sido obtenido mediante engaño, violencia o intimidación, no daría lugar a responsabilidad de ningún tipo por parte de la embarazada. La conducta sólo puede ser dolosa, pues, como veremos seguidamente, el autoaborto imprudente es impune.

C) Aborto violento no intencionado

Conforme al artículo 132:

Quien por actos de violencia ocasiona el aborto sin el propósito de causarlo, constándole el estado de embarazo de la ofendida, será sancionado con reclusión de cuatro (4) a seis (6) años.

Requiere este supuesto que el sujeto conozca el estado de embarazo y no haya tenido propósito de causar el aborto, por lo que, aun excluido el dolo directo (así se infiere de los términos «sin el propósito»), comprende tanto los supuestos de culpa como de dolo eventual, siendo posible el concurso con las lesiones en que se manifieste la violencia, aunque absorbería los meros malos tratos sin lesión del artículo 398.5 del Código Penal, por cuanto el tipo ya contiene como elemento el empleo de medios violentos.

El sujeto activo es un tercero, siendo impune el autoaborto imprudente, esto es, el ocasionado por parte de la propia embarazada al realizar actividades peligrosas; si bien, el dolo eventual de la embarazada (la asunción del resultado abortivo) podría dar lugar a la aplicación del artículo 128.

3. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN DETERMINADOS SUPUESTOS DE ABORTO

En Derecho comparado es frecuente que no sea punible el aborto practicado

en determinadas circunstancias, ya sea por el «sistema de plazos» (autorizando el aborto libre en los noventa primeros días del embarazo), o por el sistema de indicaciones. En el Código Penal español está despenalizado el aborto en los siguientes supuestos:

a) Indicación terapéutica. Cuando sea necesario para evitar un grave peligro para vida o la salud física o psíquica de la embarazada. Se trata de un supuesto de estado de necesidad. «Si la vida del *nasciturus* se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida» (STC 53/1985). El supuesto de «grave peligro» para la salud de la embarazada «afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada» (STC 53/1985).

b) Indicación ética. Cuando el embarazo sea consecuencia de una violación, siempre que se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y el mencionado hecho hubiere sido denunciado. Es ésta una clara manifestación del principio de no exigibilidad de otra conducta, al no poder obligar a la madre a soportar unas consecuencias tan indeseables como el embarazo producto de una violación. La STC 53/1985 dijo al respecto que, en estos casos, «la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársela como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso y obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos».

c) Indicación eugenésica. Cuando se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas distintos a aquel bajo cuya dirección se practique el aborto. No se trata de avalar la repugnante eliminación de seres «indeseables» (desde la perspectiva del nazismo). El correcto entendimiento de esta indicación debe referirse a la resolución del conflicto entre la esperanza de vida y los intereses de la madre. La STC 53/1985 apunta al respecto: «El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en

la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres a cerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva».

El Código Penal hondureño respondía a este criterio y declaraba exentos de pena estos supuestos en los artículos 130 y 131; sin embargo, dichos preceptos fueron derogados mediante Decreto 13-85. Por tanto, ante estas situaciones habrá que aplicar las reglas generales, entrando en juego, si es que se dieran sus requisitos, las eximentes de responsabilidad o las circunstancias atenuantes (trastorno mental transitorio, estado de necesidad exculpante, arrebató u obcecación, etc.).

Capítulo II.

Delitos contra la integridad corporal y la salud

1. CUESTIONES GENERALES

A) Bien jurídico protegido

En el Capítulo III del Título I del Libro II del Código Penal hondureño (arts. 133 a 138) se tipifican, bajo en nombre de «lesiones», una serie de conductas que protegen la integridad corporal y la salud, tanto física como mental, de las personas.

Podemos definir las lesiones como cualquier perturbación de la salud física o psíquica de una persona, transitoria o permanente, o de su integridad corporal, ocasionada por cualquier medio, sin ánimo de producir su muerte. Esta definición es, básicamente, coincidente con la contenida en el artículo 133 del Código Penal: *«Comete el delito de lesiones quien cause daños que afecten al cuerpo o a la salud física o mental de otra persona»*.

Distingue el Código los daños «al cuerpo» y los daños «a la salud física o mental» de otra persona. La integridad corporal (daños al cuerpo) se refiere exclusivamente al aspecto físico; el ataque a ella dirigido es, por ejemplo, la mutilación, la ceguera, la pérdida de un órgano o miembro, la deformación. La salud a que alude el Código es tanto la física como la psíquica o mental; el ataque a ella dirigido es la enfermedad⁽⁴⁵⁾.

(45) Si bien se mira, en realidad se trata de un mismo bien jurídico: la salud (física o mental). La salud puede ser atacada tanto produciendo una alteración en su normal funcionamiento (enfermedad) como causando un menoscabo en el sustrato corporal. No parece aceptable que la «integridad física» sea, por sí misma, objeto de tutela en la medida que se trata de un bien instrumental de la salud, pero que, en determinadas ocasiones, tal integridad corporal puede resultar contraria a la salud. Baste pensar en las intervenciones quirúrgicas consistentes en la extirpación de un órgano o miembro que quebranta la salud: desde las amígdalas a un tumor canceroso, pasando por una pierna gangrenada. En estos casos, la conducta atenta contra la integridad corporal, pero no es típica por cuanto no redunde en un perjuicio, sino en un beneficio para la salud. El Código Penal hondureño parece haber querido excluir inequívocamente estas conductas al determinar que comete el delito de lesiones quien «cause daños» que afecten al cuerpo o a la salud, de suerte que si el menoscabo de la integridad no causa «daños», sino que es beneficioso (como es el caso de las intervenciones quirúrgicas), la conducta ha de considerarse atípica.

B) Elemento intencional

Para que estemos ante un caso de lesiones, es preciso descartar el ánimo de producir la muerte. Esta ausencia de *animus necandi*, y la concurrencia únicamente del *animus laedendi*, es lo que diferencia el delito de lesiones del homicidio en grado de tentativa. Como ya se ha señalado al analizar el homicidio, dada la imposibilidad de penetrar en la mente humana, la jurisprudencia realiza la indagación de dicho ánimo, cuando tal intención no es manifestada expresamente por el agente, acudiendo, como elementos indiciarios, al examen de las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores al hecho. Así, conviene recordar que suele atenderse a la existencia de enemistad, resentimiento o amenazas previas, al tipo de arma utilizada, la parte del cuerpo a la que se dirija la agresión, la distancia entre ofensor y ofendido, la repetición de los golpes, la actuación del autor posterior al ataque, en fin, cuantos datos externos rodean al hecho, y que sirvan para determinar la naturaleza de la verdadera intención del agresor.

Cuestión relacionada con la intención es la relativa al desistimiento del homicidio y la causación de lesiones. Piénsese, por ejemplo, en quien envenena a otro pero después, arrepentido, le hace tomar un antídoto evitando que muera. La cuestión es determinar si el dolo de matar acoge también al de lesionar, de manera que, aunque no pueda ser condenado por asesinato (porque el desistimiento voluntario activo excluye la punibilidad de su conducta: art. 15, *a contrario sensu*, del CP) sí pueda serlo por lesiones. Sobre la denominada teoría de la voluntad (que sostiene que el dolo en ambos delitos es diferente), prevalece la teoría de la unidad (que considera, en estos casos, que el dolo es el mismo). La voluntad de matar y la de lesionar, aunque no coincidan en el fin, sí pueden coincidir en los medios elegidos, que pueden ser idóneos para causar cualquiera de los resultados; de hecho, la realidad demuestra que, cuando se tiene intención de matar se debe aceptar como posible un resultado de lesiones, con respecto al cual existirá, por lo menos, dolo eventual e incluso las lesiones pueden ser el paso obligado para causar la muerte. Se ha de entender, en fin, que el desistimiento produce sus efectos con relación al delito intentado, pero no respecto al delito o falta que pudieran constituir los actos ya ejecutados.

2. MODALIDADES DE LESIONES

Para un mejor estudio de esta materia distinguiremos los siguientes apartados, analizándolos a continuación: A) Lesiones dolosas. B) Lesiones en riña tumultuaria. C) Lesiones culposas.

Desde un punto de vista procesal, hay que recordar que las lesiones leves, las menos graves y las culposas son delitos semipúblicos, dependientes de instancia particular («sólo podrán ser perseguidos por el Ministerio Público a instancia de la víctima», dice el art. 26.1 del Código Procesal Penal); se excluyen de dicha norma los casos de violencia intrafamiliar (arts. 179-A y 179-B del CP), siendo, por tanto, innecesario presentar denuncia previa en tales casos al considerarse delitos de acción pública (arts. 26, antepenúltimo párrafo, del CPP y 179-C del CP). Tampoco es preciso el requerimiento de parte interesada para que el Fiscal persiga de oficio cualquier delito de lesiones «cuando haya sido cometido contra un menor o incapaz» (art. 26, penúltimo párrafo, del CPP)

Se puede plantear la duda además de si para presentar el requerimiento fiscal (arts. 284.3 y 285 del CPP), es necesario acompañar en los delitos de acción pública a instancia particular el acta de autorización por parte de la víctima; la solución ha de ser negativa, bastando la simple denuncia presentada en sede policial o fiscal. Así pues, es preciso que el Fiscal acompañe a su requerimiento alguna documentación que acredite el requisito de procedibilidad, siendo suficiente unir la copia de la denuncia o la declaración del ofendido. En todo caso, la víctima podrá solicitar posteriormente al Ministerio Público que no continúe conociendo de los hechos, siempre que dicho desistimiento se efectúe antes de que se formalice la acusación (art. 26, último párrafo, del CPP).

A) Lesiones dolosas

El Código Penal, siguiendo la tendencia dominante en Derecho comparado, tipifica varios supuestos de delitos de lesiones atendiendo al resultado producido, fijando la pena en función de dicho resultado. Estos supuestos son los siguientes:

1. La castración, esterilización (mediante engaño o por medios violentos) o ceguera, ejecutadas de propósito (art. 133-A).
2. La mutilación de un miembro u órgano principal, ejecutada de propósito (art. 134).
3. La mutilación de un miembro u órgano no principal, también de propósito (art. 134).
4. La enfermedad mental o física, cierta, que sea incurable o que incapacite permanentemente para el trabajo u ocasione la pérdida de un sentido (art. 135.1).
5. La pérdida o el uso de un órgano o miembro principal, de la palabra o de la capacidad para engendrar o concebir (art. 135. 2).
6. El deterioro permanente de la salud, de un sentido, de un órgano o miembro principal, o un problema permanente para hacer un uso normal de la palabra (art. 135.3).
7. La inutilización del ofendido para el trabajo por más de treinta días (art.

135.3).

8. La deformación permanente en el rostro (art. 135.3).

9. La lesión que no tenga ninguna de las consecuencias dañosas previstas en los tres artículos anteriores (133-A, 134 y 135), pero que determine enfermedad o incapacidad para el trabajo por un término que pase de diez días sin exceder de treinta, o que produzca la pérdida, inutilización o debilitamiento de un miembro u órgano no principal, o deje cicatriz visible y permanente en el rostro (art. 136).

Como se ve, la descripción es excesivamente casuística y farragosa. De los problemas interpretativos que se plantean, conviene destacar los siguientes:

a) La conducta típica se describe con una formulación abierta a cualquier clase de medio comisivo («causar daños que afecten al cuerpo o la salud física o mental»), sin que sea exigible una especial agresividad o violencia, sino simplemente la causación de un efectivo menoscabo en la salud física o mental. Por consiguiente, caben los llamados medios comisivos externos (como pueden ser las agresiones con armas o instrumentos, o sin ellos: golpes, malos tratos, etc.), y también los medios comisivos internos (vía alimenticia, contagio sexual, inoculación o transmisión de agentes patógenos, etc.). En la jurisprudencia española se han admitido medios morales y psicológicos (por ejemplo, lesiones psíquicas causadas a menores integrados en sectas).

No hay problema en admitir la posibilidad de omisión impropia o comisión por omisión cuando existe posición de garante (piénsese, por ejemplo, en uno de los progenitores que, conociendo que el otro o una tercera persona está teniendo un comportamiento violento con el hijo menor, no hace nada para impedirlo).

Por lo demás, la exigencia de que tales daños se causen a «otra persona», excluye la tipicidad de toda automutilación o autolesión.

b) Los delitos de los artículos 133-A y 134 exigen dolo directo (al emplearse los términos «de propósito»). Esto supone una excepción expresa a la igualdad de tratamiento, a efectos punitivos, entre el dolo directo, el indirecto y el eventual, que es la regla general en los sistemas penales. Así pues, en aquellos casos –frecuentes en la práctica– en los que se produzca el resultado a título de dolo eventual (piénsese en la ceguera ocasionada por un golpe en la cabeza) habrá que acudir a los supuestos atenuados del artículo 135. La diferencia de tratamiento por tanto reside en el elemento subjetivo.

c) En cuanto a los conceptos de «miembro u órgano principal o no principal», se entiende lo siguiente: Miembros son cualquiera de las extremidades del hombre articuladas con el cuerpo (dedos, pie, mano, brazo, etc.), y órgano, cualquiera de las

partes del cuerpo del hombre que realiza una función (riñón, bazo, ojos, etc.). A efectos prácticos, es importante el carácter de principal o no del miembro u órgano. Este carácter está determinado por el hecho de que la función propia realizada por el miembro u órgano sea autónoma (criterio de la independencia, de aplicación preferente), y además relevante para la vida, para la salud o para el normal desenvolvimiento del individuo (criterio de la importancia respecto de las funciones vitales). Así, por ejemplo, son principales los brazos, antebrazos, manos⁽⁴⁶⁾, piernas, la lengua, el hígado, el estómago o el ojo. Al miembro u órgano no principal le falta la función autónoma, por hallarse al servicio de otros miembros u órganos principales de una forma complementaria, y no resultar plenamente indispensable para la vida. La jurisprudencia ha considerado casuísticamente órganos o miembros no principales el bazo, la vesícula, los dedos o falanges de los mismos, las orejas, parte de la piel, etc. Se discute el problema de los órganos dobles o gemelos (riñones, pulmones, testículos, etc.), resolviendo la jurisprudencia que cada uno de ellos es órgano principal, porque su pérdida o inutilidad no permite una función plena, y deja abierta la posibilidad futura de la privación total de la función si el único órgano existente se pierde o inutiliza.

d) Otro concepto indeterminado es el de la «deformación en el rostro» (art. 135.3 CP). Se trata de una noción jurídica de carácter valorativo, que depende de las más variadas circunstancias. La jurisprudencia española entiende por deformidad «toda irregularidad física, visible y permanente, como exponente de alteración corporal externa que suponga desfiguración o fealdad a simple vista» (p. ej., STS 218/2005, de 23 de febrero); y, frente al pretendido relativismo de la definición, al poder pensarse que depende de la edad, sexo o profesión, se mantiene que todos tienen derecho a la belleza y, si carecen de ella, a que no se acentúe la fealdad (sin embargo, esas circunstancias personales de la víctima: edad, profesión, sexo, relación social, etc., serán determinantes para la valoración de la indemnización en concepto de responsabilidad civil). Además, la jurisprudencia ha insistido en que no impide dicha calificación el que exista posibilidad correctora a través de la cirugía plástica o de implantaciones postizas. Al respecto, la STS 85/2005, de 7 de febrero, ha recordado la constante jurisprudencia «en el sentido de no exigir para el concepto

(46) La STS 1330/2004, de 11 de noviembre, consideró que la pérdida funcional sustancial de la mano izquierda, constituía la inutilidad de un miembro principal del cuerpo humano. La agresión causó a la víctima «parálisis del nervio mediano y del cubital, lo que produce una gran alteración de la movilidad flexora de la mano izquierda, así como pérdida de sensibilidad de la misma, limitación de la extensión de los dedos, gran disminución de la fuerza, dejando función de pinza y perjuicio estético moderado». Añade el Alto Tribunal que las extremidades son órganos principales del cuerpo humano, que un brazo y una mano constituyen miembro principal, y que ese miembro principal ha resultado, en este caso, con una funcionalidad mermada, por lo que es de aplicación el tipo correspondiente a la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal.

de deformidad la permanencia irreparable de la deformidad», con fundamento «en la ausencia de toda justificación para imponer a la víctima de las lesiones, en beneficio del autor, soportar las consecuencias y riesgos que las reparaciones quirúrgicas conllevan».

La diferencia entre el artículo 135.3 («deformación permanente en el rostro») y el 136 («cicatriz visible y permanente en el rostro»), ha de residir en la importancia de la deformidad, que deberá determinarse en cada caso concreto⁽⁴⁷⁾. La pérdida de piezas dentarias, por ejemplo, es normalmente considerada como deformidad aunque se exige un juicio ponderado para no caer en automatismos⁽⁴⁸⁾; ponderación que no cabría, en cambio, en el supuesto atenuado de «cicatriz en el rostro» (toda cicatriz visible y permanente en el rostro determina la aplicación del artículo 136 del CP).

Por lo demás, no están previstas las deformidades en otras zonas menos visibles del cuerpo, supuestos que deberán calificarse según la duración de la enfermedad o de la incapacidad para el trabajo, lo que en algunos casos graves de deformidad puede significar un tratamiento demasiado benévolo.

e) En los casos en que el resultado sea notoriamente desproporcionado en relación con la acción desarrollada o el medio comisivo, es decir, cuando sobrepase notoriamente el contenido del dolo directo o eventual que concurría, aunque sin cubrir todo el resultado producido (si no ha concurrido dolo de ningún tipo sino

(47) Por ejemplo, la STS español 746/2004, de 11 de junio, consideró que había deformidad en el caso de una joven de 25 años, a la que le quedaron 3 cicatrices en la región cervical (una de 13 cms y dos de 3 cms cada una), totalmente visibles cuando se mira de frente el rostro de la víctima. Para el Tribunal Supremo ello «significa que le ha quedado una irregularidad física, en región fácilmente visible, que altera su anterior normal apariencia, integrante en lo jurídicamente considerado como deformidad». La STS 218/2005, de 23 febrero, estimó como deformidad una cicatriz visible de 5 cm. en región posterior de la oreja derecha y la avulsión (extirpación por mordisco) del 50% del lóbulo de la oreja derecha.

Por el contrario, la STS 984/2004, de 17 de septiembre, entendió que no había deformidad, pese a la existencia de la fractura de los huesos propios y la desviación del tabique, «porque se obtuvo la reparación médico-quirúrgica de ambas, con un efecto totalmente curativo, producido en el breve plazo de 20 días». Siendo así, señala el Alto Tribunal que «no cabe apreciar un afeamiento o alteración relevante en el rostro del perjudicado y que [el afeamiento que] el golpe hubiera llegado a producir fue de breve duración y resultó corregido mediante el recurso a una cirugía carente de especial complejidad y aplicable sin un particular coeficiente de riesgo».

(48) La STS 984/2004, de 17 septiembre, en relación con la pérdida de piezas dentarias, entiende que siendo un resultado, en general, subsumible en el concepto de deformidad, «podría no serlo a tenor de la menor relevancia de la afectación estética así como en atención a la posibilidad de reparación, cuando ésta no tuviera una especial dificultad técnica y pudiera producirse sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado».

imprudencia, evidentemente acudiríamos a las lesiones culposas con el resultado de que se trate), nos encontraremos ante las lesiones preterintencionales (se llaman así porque el resultado ha ido más allá de lo querido, es decir *praeter intentionem*), en las que habrá de aplicarse la circunstancia atenuante del artículo 26.13 del CP.

f) La diferencia entre el delito y la falta de lesiones reside en la duración de la enfermedad o incapacidad para el trabajo. Si es de hasta diez días, se aplicará la falta del artículo 396 (*pro reo* habrá que entender que no será delito hasta el undécimo día de duración, a pesar de que el artículo 136 diga literalmente «no menor de 10 días», pues el artículo 396 tipifica como falta las que produzcan tal enfermedad o incapacidad «hasta por diez días»). Y, si no hubo incapacidad para el trabajo habitual, procede aplicar la falta del artículo 398.1.

g) No está expresamente regulada en el Código la interesante cuestión de la eficacia del consentimiento en las lesiones, que en otros sistemas opera normalmente como simple atenuación (porque es difícil admitir la disponibilidad absoluta por parte del titular del bien jurídico protegido).

En el Código Penal español, por ejemplo, el consentimiento válido (libre y consciente) y expresamente emitido del ofendido, permite imponer una pena inferior en uno o dos grados a la prevista en los correspondientes tipos. En todo caso, los dos ámbitos donde se plantea en toda su extensión el consentimiento son los de los tratamientos quirúrgicos y las lesiones deportivas.

Objetivamente, las mutilaciones o lesiones quirúrgicas son acciones típicas, pero nadie acepta su antijuridicidad cuando se realizan con el consentimiento del paciente (suplido, en el caso de menores de edad o incapaces, por el de sus padres o representantes legales) y de conformidad con la *lex artis*. La licitud de las lesiones causadas por tratamientos médicos voluntarios, ya sean curativos (trasplante de órganos) o no curativos (esterilizaciones, cirugía transexual, cirugía estética), se ha querido ver en las llamadas acciones socialmente adecuadas; el éxito o fracaso de la operación no es relevante, si bien, la incorrecta actuación médica (su desajuste respecto de la *lex artis*) puede dar lugar a responsabilidad penal a título de imprudencia o incluso de dolo. En virtud también del principio de la adecuación social, que opera como causa supralegal de justificación o de exclusión de la tipicidad, tampoco se castigan las lesiones causadas en ciertos deportes en los que normalmente el riesgo del resultado lesivo se asume y admite *ex ante* por los intervinientes (por ejemplo, en el boxeo, el rugby, o incluso el fútbol); siempre, eso sí, que se hayan respetado las «reglas del juego» pues su vulneración dará lugar a responsabilidad a título de dolo o culpa, según los casos.

Hay que tener en cuenta, además, que la autolesión es impune por atípica, lo

que, por aplicación del principio de accesoriedad, plantea la problemática de la participación del tercero. Los supuestos discutibles pueden ser interminables, como serían el caso de las lesiones producidas en relaciones sadomasoquistas, mutilaciones consentidas para cobrar un seguro (aunque, este último caso, está expresamente resuelto en el artículo 242.12 del Código Penal de Honduras como un tipo de estafa), etc.

B) Lesiones en riña tumultuaria

El artículo 137 del Código Penal prescribe: *«En el caso de lesiones causadas en riña tumultuaria, sin que pueda determinarse el autor o autores de las mismas, se aplicará a cuantos hubieren ejercido violencia en la víctima una pena rebajada en una tercera parte de la señalada por la ley a las lesiones inferidas».*

Este precepto participa de la misma naturaleza que el artículo 119 del mismo Código, esto es, el homicidio en riña tumultuaria, de manera que es aplicable lo ya expuesto anteriormente, pero con una matización: en el homicidio se exige que la riña sea de «varias personas entre sí, confusa y tumultuariamente», mientras que en las lesiones basta que hayan sido «causadas en riña tumultuaria» lo que, por tener un contenido más abierto, permite su aplicación a un mayor número de casos. Esta diferencia obedece a la menor gravedad del delito de lesiones frente al homicidio; de ahí que el legislador haya querido exigir más requisitos en este último, para que su aplicación sea más restrictiva. En todo caso, hay que recordar que los requisitos objetivos para que concurra esta figura delictiva son:

- Intervención en riña de una pluralidad de personas, con una situación de acometimiento mutuo.
- Que se haya producido un resultado lesivo para alguno de los intervinientes.
- Que se haya ejercido violencia sobre la víctima.
- Que no conste quién ha sido el autor de las lesiones.

La pena se determinará por referencia a la prevista en el Código para las lesiones causadas si se hubieran cometido dolosamente, rebajada en una tercera parte.

El precepto tiene su correlativa falta en el artículo 396.3 (siempre que el resultado lesivo sea el de lesiones que produzcan enfermedad o incapacidad para el trabajo hasta 10 días).

C) Lesiones culposas

Las lesiones culposas o imprudentes están tipificadas en el artículo 138 del Código Penal, que prescribe lo siguiente:

Las lesiones culposas se sancionarán con una pena igual a la mitad de la correspondiente a la lesión dolosa.

Si el autor hubiese cometido el hecho como consecuencia de encontrarse en estado de ebriedad o de haber consumido drogas prohibidas por la ley, se castigará con las dos terceras partes de la pena aplicable a la correspondiente lesión dolosa.

Hay que remitirse a los comentarios ya realizados al estudiar el artículo 121 del Código Penal (homicidio culposo), respecto a la razón de ser del mismo y a la pena agravada prevista en el párrafo segundo, dándolos aquí por reproducidos. Naturalmente, si se aplica el subtipo agravado no podrá tenerse en cuenta la atenuante del artículo 26.3 del Código. Ahora bien, parece razonable entender que para aplicar contra reo el estado de embriaguez o de influencia de drogas prohibidas se exija el mismo requisito que cuando se aplica como atenuante, es decir, que estas situaciones estén «científicamente comprobadas», teniendo en cuenta las previsiones sobre exámenes corporales y extracción de muestras del imputado establecidas en el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo demás, es conveniente recordar que, aunque exista un único acto imprudente, existirán tantos delitos de lesiones imprudentes como resultados típicos producidos, en forma de concurso ideal.

3. ABANDONO DE NIÑOS Y DE PERSONAS DESVALIDAS

El último de los capítulos (el IV) que integra el Título I del Libro II del Código Penal hondureño, dedicado a los delitos contra la vida y la integridad corporal, lleva por rúbrica «Abandono de niños y personas desvalidas», estando integrado por un único artículo, el 139, que prescribe:

Quien abandonare a un niño menor de doce años, o a una persona incapaz de bastarse a sí misma, por enfermedad mental o corporal o por vejez, que estuviere bajo su cuidado o custodia, será castigado con uno a tres años de reclusión.

Si a consecuencia del abandono resultare la muerte del abandonado, o se hubiere puesto en grave peligro la vida del mismo, o se le hubiere causado lesión o enfermedad también grave, la sanción será de tres a seis años de

reclusión, si el hecho no constituyere un delito de mayor gravedad.

El precepto tiene dos partes claramente diferenciadas: El primer párrafo, que castiga simplemente el incumplimiento de un deber de cuidado, sin consecuencias para la vida e integridad física del abandonado; y el segundo párrafo, que tipifica un delito de resultado o de peligro. El bien jurídico protegido es la seguridad del menor o de la persona desvalida, en el primer caso, y la vida e integridad física de aquéllos, en el segundo caso.

A) Abandono sin peligro para la vida y sin resultado lesivo

Se castiga aquí el mero incumplimiento de un deber de cuidado. Se trata de un delito formal o de mera actividad, ya que no se exige que, a consecuencia de ese incumplimiento el niño o la persona desvalida sufra algún daño o situación de peligro, sino que basta con el abandono. Se protege así la seguridad de estas personas en un sentido amplio (peligro abstracto).

Sujeto activo podrá ser cualquiera que tenga bajo su custodia o cuidado a la persona necesitada⁽⁴⁹⁾. Si lo que se protege es la seguridad, es natural que todo aquel que transitoria o permanentemente se encargue del menor o incapaz pueda cometer este delito. Por tanto, el requisito de que el menor o incapaz «estuviere bajo su cuidado o custodia» se refiere a una situación puramente de hecho, independientemente de que exista además una relación de parentesco o contractual. Cometería el delito, por ejemplo, la trabajadora doméstica, o la vecina que se quedan al cuidado del menor o la persona desvalida.

Sin embargo, hay que exigir un verdadero «abandono» doloso; por tanto no comete este delito el cuidador que olvida dar la medicación al enfermo que atiende, aunque pueda en su caso responder del resultado producido a título de culpa. No integra tampoco el abandono el dejar a un familiar anciano en una residencia donde le atienden, y despreocuparse de él en lo sucesivo, lo que podrá tener un reproche moral o social, pero no es un comportamiento típico. Además, la persona abandonada tiene que ser «incapaz de bastarse por sí misma», por lo que no es suficiente que sea anciana o tenga una enfermedad si no existe esa situación de desvalimiento, debiendo analizarse la concurrencia de este requisito en cada caso concreto.

(49) Al tratarse de un delito formal, podría criticarse el hecho de que se incluya dentro del Título dedicado a los delitos contra la vida y la integridad corporal, aunque, por razones de sistemática, puede ser lo más conveniente, porque el legislador está pensando en el riesgo del resultado lesivo.

A) Abandono con peligro para la vida o con resultado de muerte, lesión o enfermedad grave

Lo que se tipifica en el párrafo segundo del artículo 139 es un delito de resultado, que puede consistir en la muerte, lesión o enfermedad grave, o, simplemente, en la puesta en peligro grave de la vida de niño o desvalido.

En este caso es necesario que el peligro se concrete o se produzca el resultado lesivo o mortal. Hay determinadas circunstancias en las que concurrirá necesariamente una situación de peligro real y concreto, como es el caso del abandono de recién nacidos o niños de muy corta edad en lugares cerrados o deshabitados (probablemente habría que hablar aquí de homicidio -o parricidio, asesinato, infanticidio- a título, al menos, de dolo eventual). Tal situación es, por sí misma, idónea para producir un grave peligro para la vida, aunque por circunstancias puramente casuales ajenas al autor alguien encuentre al menor y no sufra finalmente daño alguno.

En el aspecto subjetivo debe concurrir el ánimo de abandonar, no el homicida. Debe tenerse en cuenta que el tipo del abandono es subsidiario de los delitos más graves de homicidio, asesinato, parricidio o infanticidio. Bien claro establece el artículo 139 en su último inciso que se castigará como abandono «si el hecho no constituyere un delito de mayor gravedad». Por tanto, si los hechos pueden calificarse como homicidio, asesinato, etc., se deberá optar por ellos; en tales casos, el abandono será normalmente el instrumento (en situación concursal) para conseguir la muerte.

Capítulo III.

Delitos contra la libertad sexual

Los delitos de violación, actos de lujuria, estupro, incesto, rapto, hostigamiento sexual y los de explotación sexual comercial (relativos, estos últimos, a la prostitución, pornografía y promoción del turismo sexual), se encuentran recogidos en los dos primeros capítulos del Título II del Libro II del Código Penal hondureño, bajo la rúbrica «Delitos contra la libertad e integridad física, psicológica y sexual de las personas», que a su vez, se complementan con un tercer capítulo que contiene una serie de disposiciones generales.

Siguiendo el orden sistemático del Código, pasaremos a analizar los diferentes tipos delictivos, no sin antes destacar que, según pone de relieve la propia enunciación del Título, el bien jurídico protegido en todos ellos es la libertad e integridad física, psicológica y sexual de las personas.

En el marco de la dignidad del ser humano (inviolable, según proclama el artículo 59 de la Constitución de la República) y, más en concreto, como expresión del derecho fundamental a la libertad (arts. 61 y 69 de la CRH), ha de reconocerse que las personas tienen derecho a decidir libremente sobre su propia sexualidad (autodeterminación o libre disposición de la potencialidad sexual). La libertad sexual y, en cierto modo, la disposición del propio cuerpo, supone que el hombre o la mujer, cualquiera que sean sus circunstancias (estado civil, actividad, relaciones personales, laborales o de cualquier otra índole), es libre de decidir si quiere o no tener una relación sexual, cómo, cuándo y con quién. El contenido de la libertad sexual estará integrado por la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento, sin más limitaciones que las derivadas del obligado respeto a la libertad ajena. Se trata, en suma, de que dentro de la libertad de la persona, que es objeto de protección penal, existe una parcela autónoma que consiste en el ejercicio de la propia sexualidad, que es objeto de una protección penal específica, dado su carácter de bien jurídico autónomo.

Junto a la libertad sexual se protegen también otros bienes jurídicos. Los menores y los privados de razón o de sentido carecen de autonomía para determinar su comportamiento; en tales casos, se valora la protección del derecho a la intangibilidad e indemnidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad, a la

intimidad, a la dignidad de las personas, al bienestar psíquico⁽⁵⁰⁾. Incluso, en ocasiones, la vida y la integridad física son bienes tutelados (p. ej., cuando se castiga más gravemente el riesgo de contagio de una enfermedad de transmisión sexual).

Con la reforma operada en estos delitos mediante el Decreto núm. 234/2005, de 1 de septiembre (*Diario Oficial La Gaceta* de 4 de febrero de 2006), se ha abandonado la tutela, por vía penal, de la «honestidad» de las personas, que antaño aparecía en algunos delitos (p. ej., al penar como ultraje al pudor la venta o distribución de publicaciones obscenas a mayores de edad). La honestidad, ya se entienda como sentimiento de pudor y de recato o como expresión de la moral sexual dominante, no debe ser objeto de protección penal. No todo lo que es pecado tiene necesariamente que ser delito. Una sociedad libre, que admita el pluralismo, no puede elevar a condición de bien jurídico, digno de protección penal, sentimientos internos o una determinada concepción de la moral sexual.

Conviene recordar que, históricamente, los tipos penales relativos a la esfera sexual protegieron la honestidad de las mujeres honradas, confundándose así, en muchos casos, moral y derecho. Quien no era honesta, o no lo era al menos a los ojos del legislador o del juzgador, se veía privada de la protección penal y de ahí que fueran ciertamente escasas las sentencias que reconociesen el carácter de sujeto pasivo de una violación a una prostituta. Los tipos penales referentes a los delitos sexuales han de desligarse de esa impregnación moral. La moral sexual y el honor sexual son conceptos que, en una sociedad moderna, deben abandonarse como valores penalmente protegidos; ello en aras de la libertad del individuo, también en la esfera de su autodeterminación sexual.

1. VIOLACIÓN

El ataque más grave contra la libertad sexual es la violación, tipificada en el artículo 140 del Código Penal, según el cual:

Constituye delito de violación: El acceso carnal con persona de uno u otro sexo mediante violencia o amenaza de ocasionarle al sujeto pasivo, al cónyuge de éste o compañero de hogar, o a uno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, un perjuicio grave e inminente.

Para efectos de este artículo se entenderá por acceso carnal, el que se

(50) La STS 144/1995, de 8 de febrero, recuerda que «se ha entendido desde la sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 1989 que la libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo del agravio, y en los menores o los privados de razón o sentido tal condición es inexistente o deficiente; sin embargo, no puede negárseles el derecho a estar protegidos en su intangibilidad e indemnidad sexual y a exigir seguridad para su futura libertad sexual, derecho que reclama una exquisita salvaguarda porque estos sujetos están más expuestos a la captación y a la influencia por no ser capaces de generar inhibiciones para prevenir y defenderse frente a los ataques abiertos o insidiosos a su facultad de autodeterminación sexual; en este punto, parece oportuno hacer referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, que obliga a los Estados a adoptar todas las medidas legislativas para proteger a los niños contra toda forma de abuso físico o mental, incluso el abuso sexual, y a protegerlos contra todas las formas de explotación y de abusos sexuales (arts. 19.1 y 34)».

tenga por vía vaginal, anal o bucal. Será sancionado con pena de diez (10) a quince (15) años de reclusión.

Son casos especiales de violación el acceso carnal con personas de uno u otro sexo cuando, sin mediar violencia o amenaza, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes. Tales casos serán sancionados con pena de quince (15) a veinte (20) años de reclusión y son los siguientes:

- 1) Cuando la víctima sea menor de catorce (14) años de edad;*
- 2) Cuando la víctima se halle privada de razón o de voluntad o cuando por cualquier causa no pueda oponer resistencia;*
- 3) Cuando el sujeto activo, para cometer el delito de violación, intencionalmente disminuya o anule la voluntad de la víctima utilizando para ello sustancias psicotrópicas o estupefacientes, incluyendo alcohol o cometió la violación encontrando al sujeto pasivo en la situación anterior.*
- 4) Cuando el sujeto activo esté encargado de la guarda o custodia de la víctima y se valga de su condición de autoridad para tener acceso a la misma; y,*
- 5) Quienes a sabiendas que son portadores del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida/Virus de Inmunodeficiencia Humana (SIDA/VIH) o una enfermedad contagiosa de orden sexual incurable, cometen la violación.*

Con la misma pena se sancionarán los casos de violación que se cometan por más de una persona, por alguien reincidente, cuando la víctima esté embarazada, quede embarazada como producto de la violación o cuando la víctima sea mayor de setenta (70) años.

A) Sujetos activo y pasivo

Hay que resaltar el acierto que supone no determinar los sujetos activo y pasivo por su sexo (el sujeto pasivo no ha de ser necesariamente una mujer y el sujeto activo no ha de ser necesariamente un hombre). Sujeto activo y pasivo puede ser cualquiera; si bien, ciertas circunstancias concurrentes en uno y otro (edad, falta de razón, etc.) dan lugar a que los hechos sean tipificados como violación, aunque el acceso carnal se produzca sin la concurrencia de violencia ni amenaza.

En relación a los sujetos merecen una especial consideración las agresiones sexuales entre cónyuges y a quienes se dedican a la prostitución.

a) Violación entre cónyuges. La posibilidad de admitir la violación, y las demás agresiones sexuales, cuando el sujeto activo y pasivo están casados entre sí no ha sido siempre aceptada de forma pacífica. Ha de retenerse que no existe derecho

alguno a la prestación sexual entre cónyuges, siendo preponderante el derecho a la libertad y dignidad de la persona. Lo explica bien la STS español 584/1997, de 29 de abril (RJ 1997\3380), cuyos argumentos son plenamente aplicables al ordenamiento hondureño:

En la doctrina se mantiene básicamente tres tesis: 1) quienes estiman que la violación entre cónyuges no integra el tipo de violación, afirmando que el hecho se debe sancionar como amenazas o coacciones, tesis inspirada por lo establecido en algunos Códigos extranjeros, que excluyen al propio cónyuge como sujeto pasivo en el delito de violación; 2) quienes estiman que aun siendo el hecho típico no sería -por lo general- antijurídico por la concurrencia de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho [véase el artículo 25.5.º del Código Penal hondureño]; y 3) la doctrina mayoritaria y más reciente, que considera que el acceso carnal forzado o mediante intimidación entre cónyuges integra el tipo de violación y es antijurídico, por lo que debe ser sancionado como delito de violación.

En nuestro ordenamiento jurídico [se refiere al español, pero lo mismo sucede en el hondureño] las dos primeras tesis antes expuestas, carecen de fundamento. Ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito de violación ni existen supuestos «derechos» a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona. Es por ello por lo que esta Sala ha declarado reiteradamente que comete violación y no está amparado por causa alguna de justificación quien, usando fuerza o intimidación, tuviese acceso carnal con su cónyuge (sentencias de 7 noviembre y 9 marzo 1989, 14 febrero 1990, 24 abril y 21 septiembre 1992, 23 febrero 1993, 27 septiembre 1995 y 8 febrero 1996, entre otras).

Este tipo de conductas constituye, sin duda alguna, un grave atentado al bien jurídico protegido por el tipo, que es la libertad sexual, libertad que no se anula por la relación conyugal, por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o mediante intimidación la voluntad contraria del cónyuge.

b) Violación de personas que se dedican a la prostitución. El derecho a la igualdad, la no discriminación por ningún concepto (tampoco por la actividad laboral: arts. 60 y 61 CH) y el reconocimiento como valor constitucional de la dignidad de la persona (art. 59 de la CH) son unos sólidos pilares para apoyar la afirmación de que igual castigo merece la agresión sexual a una persona que se dedica a la prostitución que a cualquier otra. El Tribunal Supremo español lo ha entendido así en múltiples resoluciones, declarando que «las profesionales de la prostitución conservan su libertad sexual, sin venir obligadas a disponer de ella a requerimiento de cualquiera» (STS 479/1994, de 7 de marzo). La STS 675/1994, de 29 de marzo (RJ 1994\2673) afirmó que «la imposición violenta del acto carnal a una prostituta merece el mismo reproche que el que se le imponga por igual medio a cualquier otra persona, por lo que dicha condición de la mujer no impide la existencia del delito de violación, ya que aquélla conserva su autonomía de voluntad en orden a disponer libremente de la sexualidad». En la STS 711/1999, de 9 de julio (RJ 1999\6210), se trató como violación el caso de una prostituta que, tras realizar el servicio sexual pactado, fue obligada por su cliente -quien la intimidó con una navaja-, a practicar coito bucal, anal y vaginal.

Y, sin ánimo exhaustivo, la STS 2160/1994, de 14 de diciembre (RJ 1994\9754) se enfrentó con un caso en el que la defensa alegaba que la violencia ejercida sólo se había dirigido a lograr el cumplimiento por parte de la víctima del acuerdo al que habían llegado sobre relaciones sexuales por precio; el Alto Tribunal rechazó el alegato por las siguientes razones:

En primer término porque, a pesar de un acuerdo más o menos indeterminado, es indudable que la víctima mantenía el derecho a poner límites a sus prestaciones, dado que -resulta redundante decirlo- en el acuerdo no enajenaba su condición de persona y, por ello, el autor no podía tratarla como un objeto. En segundo lugar, porque, suponiendo que hubiera existido un consentimiento inicial de ejecutar ciertas acciones sexuales, el recurrente no tenía derecho a una ejecución forzada y violenta del acuerdo al que había llegado con la víctima. Un acuerdo de voluntades que no puede ser ejecutado coactivamente mediante los Tribunales por ser contrario a la moral, tampoco puede autorizar a una ejecución fáctica de propia mano.

B) Las conductas sexuales abarcadas

La conducta sexual que da lugar a la violación es el acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal. Acceso carnal implica coito, por lo que la acción está vinculada a la penetración, por ligera que ésta sea, del pene en la cavidad vaginal, anal o bucal. Ello quiere decir que otro tipo de accesos a dichas cavidades, mediante la introducción de cualquier otra parte del cuerpo humano (manos, dedos, lengua, etc.), del cuerpo de un animal o de cualquier objeto, no reúnen las características del concepto de acceso carnal, sin perjuicio de su inclusión como actos de lujuria del artículo 141.III del Código Penal. Para la consumación del delito no es necesaria la perfección fisiológica (eyaculación, orgasmo).

El acceso carnal exige, por tanto, la participación de un varón. Pero es posible que éste sea tanto sujeto activo como pasivo de la violación. Piénsese, por ejemplo, en la mujer que se hace penetrar por un menor de 14 años o por un enajenado, o en el varón que penetra analmente a otro hombre o le obliga a realizarle una *fellatio* (sexo oral masculino). Las combinaciones son múltiples (hombre-mujer, mujer-hombre y hombre-hombre).

Aunque en el plano de la sexualidad casi todo es opinable, resulta sorprendente que el acceso carnal por vía bucal se considere como modalidad típica de violación; es decir, como la más grave de las agresiones sexuales. No parece comparable con la violación por vía vaginal o anal, pues estas últimas pueden suponer, en especial la anal, un daño físico y, la vaginal, la posibilidad de la desfloración, sobre todo en el caso de menores, aparte del riesgo de un embarazo no deseado; daños colaterales que no se producen en el acceso por vía bucal. Además, no se comprende que el acceso carnal, no consentido, por vía bucal a una

niña de 16 años sea una violación (artículo 140 CP) castigada con la misma pena que la desfloración de la misma niña, rompiéndole el himen con un palo (artículo 141.III CP).

C) Modalidades de la violación

En el artículo 140 pueden distinguir varios supuestos:

a) Violación mediante violencia o amenazas

El acceso carnal con persona de uno u otro sexo, mediante violencia o amenaza, constituye el delito de violación. Para considerar que la violación se ha realizado contra la voluntad del sujeto pasivo es necesario que, además de concurrir la violencia o amenaza, exista una relación causal entre éstas y el acceso carnal.

a) *Violencia*. Hay violencia cuando se utiliza la fuerza (vis física), directamente ejercida sobre el sujeto pasivo. Si la fuerza se proyecta sobre otra persona (un familiar próximo, por ejemplo) para vencer la resistencia de la víctima, estaríamos ante una violación con intimidación. No es necesario que violencia sea irresistible, ni que se prolongue durante todo el proceso ejecutivo de la violación, sino que basta con que sea suficiente para doblegar la voluntad de la víctima. La resistencia de ésta ha de ser seria, no simulada, y debe exteriorizar de forma inequívoca la voluntad opuesta al contacto sexual, aunque sin llegar a los términos de una oposición desesperada o heroica: hoy se habla de resistencia «razonable» (por ejemplo, SSTS 1144/2001, de 1 de junio; y 1487/1999, de 18 de octubre). Tampoco es exigible una resistencia continuada durante todo el proceso de la violación, pues es comprensible que, para evitar males mayores, el sujeto pasivo «se deje hacer» apenas comiencen los actos de fuerza.

En resumidas cuentas, la atención hay que ponerla, no tanto en el grado de la violencia ejercida ni en la intensidad de la resistencia, sino, singularmente, en si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes en cada caso (personales, subjetivas y objetivas), la fuerza empleada ha sido eficaz para vencer la oposición al acceso carnal. Dicho de otro modo: la violencia se mide por su idoneidad, por su eficacia, no por su cantidad, ponderando a tal fin el conjunto de circunstancias que rodean el hecho, tanto las concernientes a los sujetos (edad del autor y del sujeto pasivo, fortaleza física de uno y otro, etc.), como las relativas al lugar, la ocasión, el entorno, etc.

La violencia no tiene que ser necesariamente aplicada por el propio sujeto activo. En el artículo 140 se lee que constituye delito de violación el «acceso carnal con persona de uno u otro sexo mediante violencia», pero no que la violencia haya

de ser desplegada por el mismo que materializa el ataque sexual; lo importante es que haya mediado violencia, proceda ésta del autor, de un cómplice o de un tercero (por ejemplo, cometería violación el individuo que, sin ejercer personalmente la menor violencia, tiene acceso carnal con otra persona sujeta por un tercero).

b) Amenaza. En caso de amenaza, ésta ha de referirse a un perjuicio grave e inminente, respecto de la propia víctima o de los parientes a que se refiere el artículo 140 del CP. La gravedad del perjuicio no puede tomarse desde una perspectiva puramente objetiva (estableciendo, por ejemplo, que el mal con el que se amenace tiene que constituir un delito tan grave, al menos, como la propia violación)⁽⁵¹⁾. Este criterio objetivo es rechazable toda vez que no tiene en cuenta las circunstancias personales del sujeto pasivo. Como en todo problema de causalidad (en este caso entre la acción intimidante y el acceso carnal) no pueden obviarse la personalidad, la constitución y las circunstancias que rodean a la víctima (su edad, el contexto social o familiar en que se desenvuelve, pueden ser determinantes para valorar la intimidación)⁽⁵²⁾. En fin, el miedo a la amenaza ha de ser racional, esto es, fundado, aunque ello dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso. Lo decisivo es que la amenaza despierte o inspire en el receptor un sentimiento de temor, angustia o coacción psicológica que resulte eficaz para producir una inhibición anímica en la víctima suficiente, a su vez, para posibilitar el acceso carnal. El Tribunal Supremo español ha expresado insistentemente que la intimidación no precisa ser de naturaleza «irresistible, invencible, extraordinaria o de gravedad inusitada; basta la que resulte idónea y eficaz en la ocasión concreta» (v.gr. SSTS 1367/2001, de 10 de julio; y 582/2002, de 1 de abril).

La STS 659/1996, de 28 de septiembre, lo resume del siguiente modo: «la violencia y la intimidación ha de ser la suficiente para vencer la resistencia inicial de la víctima. Se trata siempre, por parte del sujeto activo, de generar temor, desconcierto, miedo, incertidumbre, desasosiego, etc. Mas ha de tenerse presente que cada víctima tendrá un grado de resistencia distinto, pues el doblegamiento, el abatimiento o la entrega física se producirán, finalmente, antes o después según el carácter de cada persona violada que guardará una mayor o menor capacidad para oponerse al miedo, a la coacción, al ataque en suma».

(51) Este es el criterio que defiende Gimbernat, señalando que constituye violación intimidatorio sólo aquellos supuestos en que se amenaza con matar, violar o agredir a un tercero o al sujeto pasivo.

(52) Piénsese en un supuesto dudoso: Una mujer casada accede a tener acceso carnal con quien le amenaza con revelar a su marido unas infidelidades. Para determinar si la amenaza es grave, habría que valorar circunstancias tales como el temor de la mujer a perder el estatus económico y social que tiene junto a su marido, su temor a distanciarse de sus hijos, etc.

El delito existe tanto si el violador emplea la violencia o amenaza, como si se aprovecha o beneficia de la empleada por los demás partícipes.

b) Violación de menores de 14 años

Si la víctima es menor de 14 años, el acceso carnal por cualquiera de las vías antes indicadas (vaginal, anal o bucal) será siempre violación, pese a que no concorra violencia ni intimidación y con independencia de que el menor dé su asentimiento. Se establece así una presunción absoluta de falta de madurez psíquica en los menores de 14 años para comprender y valorar el significado del acceso carnal.

Pueden darse supuestos de error de tipo cuando la apariencia del menor sea tal que haga creer razonablemente que es mayor de esa edad (tanto por su aspecto físico, como intelectual).

Problemático es el supuesto de las comunidades indígenas (tolupanes) en las que tradicionalmente los hombres mayores toman como esposas a niñas menores de 14 años; probablemente concurrirá en estos casos error de prohibición. Debe tenerse en consideración que el artículo 97.1 del Código Civil considera aptas para contraer matrimonio a las mujeres púberes (desde los 12 años de edad), siempre que cuenten con el consentimiento paterno o, en su defecto, materno (art. 103 del CC), de manera que, si se trata de cónyuges (aunque el matrimonio no se hubiera celebrado conforme al Código Civil, sino con arreglo a cualquier otro rito), no habría delito por el simple hecho de que la esposa fuera menor de 14 años.

La edad que se ha de computar es la cronológica o biológica, con independencia de cuál sea la madurez mental del sujeto pasivo. La edad mental inferior a 14 años, pero de un sujeto con edad biológica superior no puede incluirse en este supuesto, aunque podría reconducirse al supuesto de víctima privada de razón o de voluntad (artículo 140.II.2 CP).

c) Violación de persona privada de razón o de voluntad, o de quien, por cualquier causa, no pueda oponer resistencia

Si el acceso carnal se produce con alguien privado de razón o de voluntad, o que esté imposibilitado para oponer resistencia, se cometerá el delito de violación aunque no media violencia o amenaza alguna (numerales 2 y 3 del art. 140 del CP). Ha de señalarse que la previsión del numeral 3 es, a mi juicio, reiterativa de lo dispuesto en el numeral 2: quien tenga disminuida o anulada su voluntad (por efecto de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o alcohol) encaja sin dificultad en el

supuesto de persona privada de voluntad.

Privados de sus capacidades intelectivas (razón) y volitivas (voluntad) están los enajenados. No es necesario que el sujeto pasivo sufra una locura total o absoluta; basta con una inhibición de sus facultades intelectivas o volitivas que le impida conocer el alcance y trascendencia de sus actos en la esfera sexual. El acento se pone, por consiguiente, en que el enajenado tenga o no capacidad de autodeterminación en el ámbito de la sexualidad.

De ahí que no toda anomalía psíquica inhabilite al sujeto para ejercer libremente su sexualidad; y, de ahí también, que no todo acceso carnal entre un imputable y un disminuido psíquico se considere un delito de violación, so pena de coartar o frenar injustamente que estos últimos ejerciten su sexualidad⁽⁵³⁾. En los casos de oligofrenia, por ejemplo, habrá que atender a su intensidad, ya que si es lo suficientemente moderada o leve como para permitir que la persona así afectada pueda tener capacidad de decisión en el trato sexual, aunque esta capacidad no sea de la misma entidad que la que al respecto tiene una persona plenamente normal, hay que concluir que no nos hallamos ante un sujeto enajenado o «privado de razón», en los términos del artículo 140.2 del CP (véase la STS 212/1995, de 17 de febrero).

Se incluyen aquí también los supuestos en que la víctima no pueda oponer resistencia. Constituyen, por tanto, violación no solo los supuestos en que el acceso carnal se lleva a cabo cuando la víctima ha perdido el conocimiento, sino también en todos aquellos casos en que está hipnotizada, narcotizada, anestesiada, sometida a los efectos de estupefacientes o de alcohol o, incluso, simplemente dormida (y, por ende, carece de voluntad). Bien entendido que, en cualquier caso, la persona ha de estar incapacitada para producirse con autonomía, no bastando una simple disminución de sus frenos inhibitorios como la que es capaz de provocar el consumo de bebidas alcohólicas en cantidades algo más que moderadas. Al respecto, es de señalar que la jurisprudencia española, para entender que alguien se encontraba privado de sentido por embriaguez, exigía antiguamente que ésta fuese «plena y letárgica, de tal manera que la víctima se convirtiese en un ser inanimado carente de toda capacidad de movimiento defensivo». Más modernamente, la STS 267/1994, de 15 de febrero, señala que «la correcta interpretación del término «privación de

(53) Se pretende así establecer un equilibrio y distinción necesarias entre dos situaciones rechazables como son, de un lado, que una persona enajenada jamás pueda tener relaciones sexuales con otras de normal imputabilidad penal sin que constituya delito, y, de otro, la impunidad del abuso de la anomalía psíquica con olvido de la protección que las personas que lo presentan merecen, precisamente para garantizar su limitada esfera de libertad (SSTS 2751/1992, de 10 de diciembre y 673/1994, de 24 de marzo).

sentido», exige contemplar también aquellos supuestos en los que la pérdida de conciencia no es total pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad». Basta, por tanto, para entender que estamos ante una persona privada de voluntad, «una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerte a los requerimientos sexuales, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios».

Tanto da que el autor sea quien ha causado el estado de inconsciencia, disminuyendo o anulando la voluntad de la víctima (mediante sustancias psicotrópicas, estupefacientes, alcohol o de cualquier otro modo), como que se aproveche de la situación generada por terceros o por la propia víctima (art. 140, numeral 3, del CP).

En el marco de este apartado se incardinan igualmente aquellas situaciones en las que el sujeto pasivo se encuentra imposibilitado de ofrecer resistencia por incapacidad física, derivada de una enfermedad o de estar inmovilizado por medios mecánicos o por conservar una vida meramente vegetativa o hallarse en un estado de desesperación y agotamiento extremos. En ninguno de estos casos se da la nota de la violencia, pero falta por completo el consentimiento del sujeto pasivo.

d) Violación de prevalimiento

Otro supuesto especial de violación es aquel en el que el sujeto activo es el encargado de la guarda o custodia de la víctima y se vale de su condición de autoridad para tener acceso a la misma (artículo 140.4 CP).

Se aplicará este tipo cuando:

- a) El autor sea el encargado de la guarda y custodia de la víctima. No importa cuál sea el título por el que se guarda y custodia a la víctima (parentesco de consanguinidad, afinidad, adopción, custodios penitenciarios, etc.). Puede darse un concurso de leyes con el incesto.
- b) Se haya servido de la ventaja o posición de autoridad que le proporciona la indicada relación.
- c) Todo ello sin necesidad de que concurra violencia o intimidación.

e) Violación con riesgo de contagio

Con deplorable redacción, el legislador ha incluido entre los casos «especiales de violación» el del acceso carnal, sin violencia ni amenaza, por parte de «quienes a sabiendas de que son portadores del SIDA/VIH o de una enfermedad contagiosa de

orden sexual incurable, cometen violación».

No se trata de un supuesto especial de violación. No se comete la violación por el simple hecho de que el sujeto activo en un acceso carnal consentido (sin violencia ni amenaza) sea portador del SIDA/VIH, aunque él lo sepa y no se lo haya dicho a su pareja. El numeral 5 del artículo 140 prevé una agravación de pena para quien «haya cometido la violación» a sabiendas de que es portador del SIDA o de otra enfermedad contagiosa de orden sexual incurable; luego, el sujeto activo tiene que haber cometido previamente una violación para que ésta se vea agravada por las circunstancias de riesgo de contagio⁽⁵⁴⁾.

D) Penalidad

La pena tipo por el delito de violación es la reclusión de diez (10) a quince (15) años. Pero esa pena aumenta de quince (15) a veinte (20) años en los siguientes casos:

- 1) Si la violación se comete por quien sabe que es portador del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida/Virus de Inmunodeficiencia Humana (SIDA/VIH) o de una enfermedad sexual contagiosa incurable.
- 2) Si la violación se comete por más de una persona, o por alguien reincidente.
- 3) Si la víctima está embarazada o queda embarazada como producto de la violación. En el primer caso es necesario que la circunstancia del embarazo sea conocida por el violador; de lo contrario no podría aplicarse el aumento de pena. El segundo caso se sanciona más gravemente debido a las consecuencias accesorias (embarazo no deseado); se trata de una penalidad por el resultado.
- 4) Si la víctima es mayor de setenta (70) años. Hay que estar a la edad biológica, aunque caben supuestos de error cuando la víctima aparente claramente una edad más joven.

Procede hacer algunas puntualizaciones:

⁽⁵⁴⁾ Sería criticable que el legislador hubiera pretendido penar como violación el simple hecho de que uno de los sujetos del acceso carnal fuera, a sabiendas, portador del SIDA o de otra enfermedad contagiosa del orden sexual. Para empezar, si se trata de una relación consentida y su pareja conoce el riesgo de contagio no habría lugar a reproche alguno. Y, si la pareja en esa relación consentida, desconoce el riesgo porque el sujeto activo no le ha revelado su condición de portador, podría imputársele un delito de lesiones (a título de dolo eventual, al menos), pero nunca una violación.

A) Ya hemos dicho antes que el legislador ha enmarcado como un caso de violación «especial» la de quien, a sabiendas de que es portador del SIDA o de una enfermedad sexual contagiosa incurable, comete la violación («violación con riesgo de contagio»). Tal ubicación es un error. Se trata de una circunstancia que pretende agravar la pena de quien haya cometido una violación; pero no es, por sí mismo, un supuesto distinto o diferente de violación. Así, si alguien con tales características fuerza el acceso carnal con otra persona, la pena se agrava; pero si se produce un acceso carnal consentido, no habrá lugar a reproche penal (al menos, no por violación).

B) La pena prevista cuando concurren estas circunstancias es la misma (de 15 a 20 años de reclusión) que para los casos especiales de violación (menores de 14 años, personas privadas de razón o voluntad, prevalimiento). Así las cosas, cuando, en los casos «especiales» de violación concurre alguna de las anteriores circunstancias, no hay incremento de pena: si la víctima es menor de 14 años y se queda embarazada por la violación, la pena será de 15 a 20 años de reclusión, es decir, la misma que si no se hubiera quedado embarazada. Eso sí, las circunstancias específicas que agravan la pena por violación servirán, en los casos «especiales» para individualizar más gravemente la pena concreta que se haya de imponer

E) Autoría y participación

El delito de violación es un delito de propia mano en el que solo puede ser autor en sentido estricto el que realiza el acceso carnal descrito en el tipo. No obstante merecen singular comentario las formas de participación consistentes en la cooperación necesaria y la complicidad. Es de retener que los coautores de una violación verán incrementada la pena por virtud de lo dispuesto en el artículo 140, último párrafo, del CP: las violaciones que se cometan por más de una persona serán penadas con reclusión de 15 a 20 años.

a) *Cooperación necesaria.* El artículo 32 del CP considera autor no sólo a quienes toman parte directa en la ejecución del hecho, sino también a «los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado». Cooperador necesario en la violación, y por tanto autor, es quien contribuye o coadyuva al acceso carnal aportando la violencia o intimidación necesaria para doblegar la voluntad opuesta de la víctima (por ejemplo, quien la sujeta para que otro actúe); o quien, respondiendo a un plan conjunto ejerce una acción en cuyo desarrollo se realiza la violación (quien conduce el vehículo donde han introducido a la víctima para que otro la viole); o, finalmente, aun no existiendo un plan preordenado, cuando además del autor material, la presencia de otros individuos determina un comportamiento intimidatorio que contribuye a la entrega de la víctima, incapaz de mantener cualquier tipo de resistencia ante tales circunstancias.

La casuística jurisprudencial nos ofrece múltiples ejemplos:

1) Cooperador necesario es quien, tras robar a una pareja en una playa, se queda con el varón, a quien ata de pies y manos, mientras el otro acusado se lleva a la joven a unos matorrales donde la penetra vaginalmente amenazándola con una navaja (ATS 1122/1995, de 5 de julio)⁽⁵⁵⁾; o quien, intimida al varón con un destornillador para que permanezca fuera del vehículo, mientras el otro acusado obliga a la mujer a entrar en el coche donde la penetra por vía bucal y vaginal (ATS 983/1995, de 7 de junio).

2) «Agarrar, sujetar e inmovilizar a la víctima y crear en ésta una situación de miedo terrible e imposibilitar su defensa al estar ante dos hombres» se considera, en cada uno de los dos acusados, como un acto de cooperación necesaria en el delito de violación cometido por el otro (STS 13/1995, de 19 de enero).

3) Violación en presencia de varios individuos. La simple concurrencia de una o varias personas, distintas del agresor efectivo, actúa como componente intimidatorio. Es lo que gráficamente se denomina «intimidación ambiental», considerada como aquella forma de amedrentamiento que, con independencia de cual de los procesados fuese quien materialmente emplease los mecanismos físicos o psíquicos productores de terror en la víctima, se produce por el hecho de que los demás acompañantes están presentes cuando cada uno de los agresores consuma materialmente las diversas violaciones (STS 1192/1997, de 3 de octubre). La STS 169/1996, de 26 febrero señala al respecto:

La doctrina de esta Sala viene sosteniendo que es cooperador necesario el que contribuye o coadyuva al acceso carnal realizado por otro mediante la aportación del esfuerzo físico encaminado a doblegar la voluntad de resistencia de la víctima y también los que en la realización de un plan conjunto realizan una acción en cuyo desarrollo se realiza la violación, así como, en caso de no existir un previo plan preordenado, cuando varios individuos, con conciencia de la acción que se realiza, determinan con su presencia un efecto intimidatorio ambiental sobre la víctima de la violación materialmente realizada por otro agente (sentencias de 12 de junio de 1992, 23 de enero de 1993, 22 de febrero y 24 de mayo de 1994, y 19 de mayo de 1995).

(55) Dice el Tribunal Supremo español en el auto indicado que «no es cuestionable que el aporte del acusado era necesario para la realización del hecho por parte del autor, pues sin la inmovilización del acompañante de la víctima no hubiera sido posible el desplazamiento a un lugar apartado y la realización del coito. A ello se añade que tampoco desde una perspectiva subjetiva la accesoriidad sería discutible, pues es evidente que la inmovilización del joven una vez producido el apoderamiento, sólo podía explicarse con el objetivo de impedir una resistencia frente a la agresión sexual que procediese de persona distinta de la víctima. Por tanto, tampoco sería cuestionable el conocimiento del objetivo perseguido por el autor».

En resumidas cuentas, cuando varios sujetos concurren a la realización de sucesivas violaciones sobre una misma persona, cada uno de ellos es responsable, no sólo de un delito, por el yacimiento personalmente efectuado, sino de los cometidos por los restantes, como cooperador necesario a su realización. Y ello tanto para los delitos consumados como para las formas imperfectas de ejecución. El Código Penal prevé un sustancial incremento de pena para los autores de este delito cuando la violación se cometa por más de una persona: la pena será entonces de 15 a 20 años de reclusión.

b) Complicidad. Suele describirse como voluntad coadyuvante de forma eficaz no necesaria (artículo 33 CP). La diferencia con la cooperación necesaria se encuentra en la intensidad de la colaboración, según sea ésta imprescindible para la obtención del resultado (cooperación necesaria) o simplemente eficaz (complicidad). No obstante, la praxis judicial ofrece en muchas ocasiones grandes dificultades para encontrar la frontera entre una y otra forma de participación, siendo preciso atender a las concretas circunstancias concurrentes en el caso concreto⁽⁵⁶⁾.

c) Participación por omisión. Especialmente interesante es la doctrina jurisprudencial que admite en este delito la participación por omisión (cooperación o complicidad omisiva), si el omitente estaba en posición de garante. Tal y como señala la STS 858/1992, de 6 de abril, tres son los requisitos necesarios exigidos tanto para la omisión por cooperación necesaria (coautoría) como para la omisión eficaz no necesaria (complicidad), cuales son: un elemento objetivo, constituido por la omisión que en el supuesto de coautoría debe ser causal o *conditio sine qua non* del resultado típico y que en la complicidad basta que sea eficaz para la producción de dicho resultado; un elemento subjetivo, o voluntad dolosa de cooperar causalmente a la producción del resultado (coautoría) o bien de facilitar el logro de aquél con voluntad meramente coadyuvante (complicidad); y un elemento normativo, que es el que acaba dando un sentido jurídico penal a la omisión, integrado por un específico deber derivado de un precepto jurídico o de una situación de peligro precedentemente creada por el omitente que le coloca en situación de garante⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ Vigilar a unos niños, mientras otro viola a la madre de éstos bajo la amenaza de que «si no está quieta tráete a una niña que la vamos a follar aquí», fue considerado cooperación necesaria y no complicidad (STS 1187/1992, de 26 de mayo).

⁽⁵⁷⁾ La STS 645/1993, de 24 de marzo, estimó que existía posición de garante en quien transportó en su propio vehículo al autor material de la violación y a la después víctima hasta un paraje solitario, descampado e intransitable. Una vez allí, ante la invitación del coacusado a que participase en las agresiones sexuales a la víctima, le respondió que él «no quería saber nada de lo que ellos hicieran en ese sentido y se bajó del coche dejándolos solos en el interior del mismo un momento». La STS de 31 de enero de 1986 afirma la posición de garante de quien observa sin intervenir cómo los amigos violan y finalmente matan a una chica, con la que aquél tenía una relación parental y de amistad, a la que previamente le

F) Reiteración del acceso carnal: unidad o pluralidad de acciones y delitos

El delito continuado (artículo 37 CP) está reservado para la reiteración delictiva de delitos contra la propiedad, siempre que se ejecuten en cumplimiento de un plan preconcebido o aprovechando idénticas o similares circunstancias. No cabe, por tanto, su aplicación a los delitos contra la libertad sexual. Cada ataque sexual supone una ofensa personal que tiene estructura propia.

Ello no obstante, de lo que ahora se trata es de determinar si la reiteración de accesos carnales (o de intentos de acceso carnal), por la misma o diferentes cavidades (vaginal, anal, bucal), realizados de forma ininterrumpida, sin solución de continuidad, han de considerarse o no una «unidad natural de acción» y como un único delito.

Como señala la STS 659/1996, de 28 de septiembre, «la cuestión se plantea cuando se trata de diversas acciones, "interacción inmediata" se dice por la doctrina, acaecidas seguidamente, con el mismo sujeto pasivo y en el marco de la misma ocasión, con análogas circunstancias de tiempo y lugar, dentro también de la misma situación de fuerza e intimidación, naturalmente que sobre la base de que se trate de actos que respondan al mismo impulso libidinoso no satisfecho quizás hasta la realización de esa pluralidad delictiva, sea por insatisfacción íntima del criminal en su deseo sexual sea por impulso del «furor erótico» que caracteriza la conducta sexual del objeto activo.»

Evidentemente, existirán delitos distintos en aquellos casos en los que sea posible, espacial y temporalmente, establecer una verdadera autonomía e independencia entre las distintas acciones, tan distintas y distantes como para que el violador pueda reanudar cada vez su conducta criminal (la STS de 21 de junio de 1991 [1991\4772] se refería a un supuesto en el que las distintas violaciones se consumaron durante tres horas en el mismo domicilio). Ello acontece cuando los actos responden a impulsos eróticos diferenciados entre sí porque cada brote sexual surge, autónomamente, de forma intermitente con acaeceres o lapsus temporales intermedios lo suficientemente individualizados como para aislar y dotar de significación propia a las diversas agresiones sexuales. Cada hecho tiene su propia dinámica de acción y su propia intencionalidad que necesariamente ha de renovarse en cada acción.

Por el contrario, cuando exista una identidad subjetiva (autor y víctima) y una

habían dado jalón o aventón (recogido en *auto-stop*).

continuidad temporal y espacial, los diversos acometimientos sexuales habrán de considerarse un acto único, aunque compuesto de varias secuencias o episodios diversos, y deberán sancionarse como un solo delito. Ello, naturalmente, sin perjuicio de afirmar que tales episodios conllevan una antijuricidad claramente superior por el mayor sufrimiento y humillación que la repetición del acceso carnal supone para la víctima, lo cual tendrá su reflejo en la individualización de la pena.

Es delito único porque así se corresponde con la denominada «unidad natural de la acción» que existe cuando los diversos actos parciales responden a una única resolución volitiva y se encuentran tan vinculados en el tiempo y en el espacio que por un observador imparcial han de ser considerados como una unidad. Son acciones separables, pero del mismo tipo y repetidas en un corto espacio de tiempo, en cuyo caso la lesión delictiva sólo experimenta una progresión cuantitativa dentro del mismo injusto unitario en respuesta a una también misma motivación (la STS 1150/1995, de 20 de noviembre, aceptó la unidad de acción en el caso dos penetraciones del pene en las cavidades vaginal y anal, realizadas en el mismo lugar, sin otra interrupción temporal que la necesaria para cambiar a la víctima de posición en el interior de la furgoneta). Se trata de la unidad subjetiva y la unidad de ejecución de que hablaba la STS 1118/1995, de 13 de noviembre. La repetición de un movimiento corporal sin solución de continuidad puede originar una sola acción, de la misma manera que ocurre en el delito de lesiones, en el cual una continuidad de golpes propinados a la víctima no determina una pluralidad de acciones aunque afecten a diversas partes del cuerpo.

2. ACTOS DE LUJURIA

El artículo 141 del Código Penal tipifica como actos de lujuria el delito conocido en otros países como de abusos deshonestos, conectándolo con el de violación, en los siguientes términos:

Comete actos de lujuria, quien valiéndose de las condiciones o empleando los medios indicados en el artículo anterior hace víctima a otra u otras personas de actos de lujuria distintos del acceso carnal, será penado con cinco (5) a ocho años (8) años de reclusión.

Cuando la víctima sea menor de catorce (14) años, aun cuando haya consentido el acto o si siendo mayor de esa edad el sujeto pasivo adolece de una enfermedad mental o desarrollo psíquico incompleto o retardo o se halla privado de razón o de voluntad o cuando por cualquier causa no pueda oponer resistencia, la pena anterior se incrementará en un medio (1/2).

Cuando los actos de lujuria consistan en la introducción de objetos o instrumentos de cualquier naturaleza en los órganos sexuales u otros orificios

naturales o artificiales que simulen los órganos sexuales del cuerpo del sujeto pasivo, el culpable será sancionado con pena de reclusión de diez (10) a quince (15) años.

En este artículo se condenan comportamientos lascivos de variada índole, siempre que se realicen concurriendo cualquiera de los supuestos de la violación y no consistan en «acceso carnal». El elemento del tipo consistente en que se trate de «actos de lujuria» deja fuera del delito aquellos actos realizados con fines terapéuticos o científicos. Autor material puede serlo tanto un hombre como una mujer.

En el primer párrafo, el tipo básico sanciona, desde luego, actos como los tocamientos impúdicos o contactos corporales con ánimo libidinoso. No siempre será preciso el contacto físico entre sujeto activo y pasivo; así sucederá en la mayoría de las ocasiones (STS de 8 de noviembre de 1986), bastando que el contacto se realice incluso por encima de la ropa (STS de 15 de diciembre de 1988). Pero también pueden darse supuestos en los que -con violencia o intimidación- se obligue a la víctima a ejecutar la acción sexual sobre su propio cuerpo -por ejemplo, masturbándose- o sobre el cuerpo de un tercero. En ambos casos no hay contacto físico entre el sujeto activo y el pasivo, pues aquél se limita a contemplar la acción como «mirón» (*voyeur*), aunque la conducta sexual se lleva a cabo a su instancia y persigue una finalidad libidinosa. Hay quien sostiene que estas conductas no son agresiones sexuales, sino delitos contra la libertad constitutivos de amenazas o de coacciones; sin embargo, me parece innegable que aquí se produce una agresión contra la libertad sexual del sujeto o sujetos afectados y, en la medida que el artículo 141 es un precepto residual, de recogida, hay base suficiente para incluir tales casos en su ámbito de acción.

Los supuestos de menor entidad podrán ser incluidos en la falta de coacciones y vejaciones (artículo 397.3 CP). Siguiendo este criterio, la STS de 27 de octubre de 1987 estimó que besar en la boca a otra persona, en contra de su voluntad, no constituía delito de abusos deshonestos, por su menor desvalor social en la actualidad⁽⁵⁸⁾.

(58) Dice la citada STS de 27 de octubre de 1987 (RJ 1987\7615) que, «en términos generales, el beso entre personas de distinto sexo se ha trivializado sensiblemente en nuestra sociedad, perdiendo progresivamente su tradicional significado de caricia reservada a las personas de mayor intimidad y convirtiéndose en convencional y rutinario saludo, común incluso entre gentes apenas vinculadas por una superficial amistad. Paralelamente, el beso en la boca, culturalmente definido en el pasado como hecho máximamente simbólico en el proceso de aproximación de dos amantes, ha sido en cierto modo devaluado a la mera condición de gesto revelador de una declarada atracción sexual mutua. Ello naturalmente no le ha privado de su carga erótica ni le ha convertido en gesto sin importancia que pueda, sin reproche

Las penas aplicables a los actos de lujuria a que se refiere este primer párrafo del artículo 141, se incrementarán en la mitad (1/2) si la persona ofendida es menor de catorce (14) años, aun cuando haya consentido el acto; o si, siendo mayor de esa edad, el sujeto pasivo adolece de enfermedad mental o de desarrollo psíquico incompleto o retardado o se halla privado de razón o de voluntad o cuando por cualquier causa no pueda oponer resistencia (artículo 141.II del CP)⁽⁵⁹⁾.

Si observamos atentamente este precepto y el de la violación, comprobaremos que, ante una agresión sexual de la misma entidad, se produce una discriminación en función del sexo del sujeto activo, sin ninguna razón que lo justifique. Así, si un hombre obliga a un niño de 13 años a realizarle una *fellatio* (sexo oral al varón) será condenado como autor de una violación a la pena de reclusión de 15 a 20 años; sin embargo, si es una mujer quien obliga al menor a realizarle un *cunnilinguo* (sexo oral a la mujer), será condenada por delito de actos de lujuria a una pena de 8 años y medio a 12 años de reclusión (por aplicación del incremento de pena en un medio, según dispone el artículo 141.II del CP).

En el tercer párrafo del artículo 141 se encuentra el tipo agravado por la introducción de objetos o instrumentos en los órganos sexuales u otros orificios que los simulen. Por objetos hay que entender cosas, esto es, objetos inanimados⁽⁶⁰⁾. Pero el precepto incluye también la introducción de «instrumentos», es decir, «aquello de que nos servimos para hacer una cosa», de manera que también la

social, intentarse con cualquier conocido se cuente o no con su conformidad, pero es notorio que su relativa banalización contribuye tanto a que se atenúe la importancia y trascendencia del beso a que nos referimos, como a que se relativice la gravedad de la intromisión en la propia intimidad que el mismo implica cuando se consigue contra la voluntad del -o de la- que lo recibe».

(59) Puede parecer sorprendente que no se agrave la pena en los casos del párrafo tercero del artículo 141 (introducción de objetos por órganos sexuales) cuando el sujeto pasivo sea menor de 14 años o esté privado de razón o no pueda oponer resistencia. El párrafo segundo del artículo 141 del CP, al agravar las penas, se refiere exclusivamente al párrafo primero del mismo artículo, no al párrafo tercero. Ello es así porque las penas previstas para los actos de lujuria del artículo 141.III (introducción de objetos por órganos sexuales) son las mismas que para la violación (reclusión de 10 a 15 años). Si se agravasen en este supuesto las penas (aumentándolas también en un medio) cuando el sujeto pasivo sea menor de 14 años, esté privado de razón o no pueda oponer resistencia, se penarían más gravemente los actos de lujuria cometidos contra estas personas que su violación.

(60) Habría que excluir de este concepto las penetraciones de otras partes del cuerpo humano (dedos, lengua) o miembros de animales vivos. Los «dedos» –que fue lo que introdujo el acusado en el ano de la víctima– no pueden ser considerados como «objetos», dice la STS 314/1994, de 14 febrero.

introducción de partes del cuerpo humano, o de seres vivos, pueden servir para integrar el tipo comentado. Los objetos o instrumentos que han de considerarse, a efectos de este artículo, son los de «cualquier naturaleza».

La introducción habrá de producirse «en los órganos sexuales u otros orificios, naturales o artificiales, que simulen los órganos sexuales» del sujeto pasivo. Por tanto, la vía vaginal y el pene (ya sea natural o artificial), así como la vía anal o la bucal, son aptas para integrar el tipo. Se debe, no obstante, ser prudente cuando la introducción de objetos o instrumentos se lleve a cabo por la vía bucal del sujeto pasivo; aunque sea un orificio que pueda simular los órganos sexuales, no es razón suficiente para integrar esta forma delictiva agravada, si la entidad del ataque al bien jurídico es realmente escasa. Por ejemplo, no parece que la introducción de una fruta con apariencia fálica en la boca del sujeto pasivo, suponga una grave agresión contra la libertad sexual del afectado, por mucha intención libidinosa que tenga el sujeto activo. De darse este caso u otros homologables, habría que acudir al tipo básico del párrafo primero o, incluso, a la simple falta de coacciones o vejaciones (art. 397.3 del CP).

3. ESTUPRO

El delito de estupro aparece tipificado en el artículo 142 del Código Penal, según el cual:

El estupro de una persona mayor de catorce (14) y menor de dieciocho (18) años, prevaleciendo de confianza, jerarquía o autoridad, se sancionará con seis (6) a ocho (8) años de reclusión.

Cuando el estupro se cometa mediante engaño se sancionará con pena de cuatro (4) a seis (6) años de reclusión.

Lo primero que llama poderosamente la atención es que el legislador no determina la acción típica. No dice en qué consiste el estupro, lo cual puede tener serias consecuencias de cara al principio de tipicidad (art. 1 del CP) y, más concretamente, puede ser contrario al principio de taxatividad de las conductas. En efecto, la tipicidad requiere la precisa definición de la conducta que la ley considere constitutiva de delito. La tipicidad exige la descripción estereotipada de las acciones o de las omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones, lo que implica tener el suficiente grado de precisión, inteligibilidad y certeza en la configuración de cada «tipo» penal, sin que resulten admisibles desde esta perspectiva las configuraciones difusas por excesivamente genéricas (SSTC 102/1994, 120/1994). Dicho en palabras de la STC 53/1994:

Las normas sancionadoras han de ser no sólo *lex scripta* y *lex prævia* sino también *lex stricta* y *lex certa*, según ha establecido una reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 133/1987, 127/1990, 89/1993 y 111/1993, entre otras), esta última exigencia que deriva del artículo 25.1 de la CE, impone al legislador «el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos» (STC 62/1982, fundamento jurídico 7.º). Mandato de taxatividad en la descripción de los tipos penales que obliga al legislador a llevar a cabo «una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica» (STC 133/1987, fundamento jurídico 4.º), y, de este modo, permita predecir, con un grado suficiente de certeza, «las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien las cometa» (STC 116/1993, fundamento jurídico 3.º, con cita de las SSTC 42/1987, 219/1989 y 93/1992).

No parece que la determinación, sin mayores precisiones, de penar el «estupro» se ajuste al principio de taxatividad en la definición de las conductas punibles. La definición de estupro ha sido cambiante a lo largo de la historia⁽⁶¹⁾ de manera que su referencia debería de venir acompañada de cuál sea la concreta acción que, en el momento actual, quiere pensarse como tal.

Con todo, tradicionalmente, el estupro ha consistido en un acto de yacimiento o acceso carnal, que el legislador hondureño no ha definido actualmente con claridad y que debería referirse, como la violación, a la penetración con el órgano sexual masculino por vía vaginal, anal o bucal (respecto a lo cual valdría lo dicho con referencia a la violación).

De la lectura del artículo 142 se desprende que existen varias modalidades de estupro, pero todas ellas tienen los siguientes elementos comunes:

1) El sujeto pasivo es ya, por fin, cualquier persona menor de 18 años, y no sólo las mujeres. Se aparta definitivamente el Código (mediante la reforma operada por el Decreto n.º 234-2005, de 1 de septiembre) de la concepción tradicional del estupro, en su sentido proteccionista de la mujer, desfasada de la realidad actual que exige idéntica protección del varón.

2) Los límites de edad del sujeto pasivo se encuentran entre los 14 años (si no tiene esa edad, todo acceso carnal es delito de violación: art. 140.1 del CP) y los 18 años (a partir de edad, el art. 36 de la Constitución considera ciudadanos a los hondureños, con sus correspondientes derechos y deberes). Hay que estar a la edad biológica o cronológica (STS de 14 de octubre de 1982), aunque la apariencia del sujeto pasivo podría dar lugar al error de tipo.

(61) El término estupro proviene del latín *stuprum*. En el Derecho medieval tuvo el significado de yacimiento ilícito, pero a partir del siglo XVI se restringió en el idioma castellano al yacimiento carnal realizado con mujer virgen o doncella mediante engaño o seducción.

3) La existencia de un consentimiento viciado por engaño o prevalimiento (por razón de confianza, jerarquía o autoridad sobre el sujeto pasivo). A título de ejemplo, cabe citar como relaciones de las que puede resultar una situación de prevalimiento, las relaciones laborales, las docentes, las de dependencia económica, la acentuada diferencia de edad unida a los pocos años de la víctima, la convivencia doméstica, la vecindad o amistad familiar, el desamparo de la víctima, etc.

3.a) El prevalimiento por razón de autoridad se refiere aquí a casos en los que tal autoridad no derive de que el autor del hecho sea el «encargado de la guarda o custodia de la víctima», pues entonces nos encontraríamos ante un supuesto de violación del artículo 140.4 del CP. Si la confianza o autoridad deriva del parentesco próximo (ascendientes, descendientes, hermanos, adoptante, madrastra o padrastro), hay que acudir al delito de incesto (art. 143 del CP) por virtud igualmente del principio de especialidad (art. 2-A.1 del CP), salvo que sea aplicable la violación por prevalimiento del artículo 140.4 del CP, que sería preferente.

En cualquier caso, el prevalimiento no puede presumirse por el mero hecho de que exista una relación entre ambos sujetos que otorgue al sujeto activo un ascendiente sobre el sujeto pasivo; es imprescindible probar que el autor se ha aprovechado de esa ventaja para conseguir el consentimiento del otro que, de otro modo, no se hubiera obtenido. Se precisa, por tanto, una relación de causa efecto entre el consentimiento viciado y el acceso carnal.

3.b) En el estupro fraudulento, lo decisivo es el engaño. En otros tiempos, cuando solo podía ser víctima de estupro la mujer, la STS de 21 de mayo de 1983 lo llamó «estupro de seducción» y señaló que el engaño, espina dorsal del hecho punible analizado, «consiste en la mendacidad o ardid de que se vale el seductor para que, la mujer, ceda a sus apremios varoniles, consintiendo un coito, que, de otro modo, no hubiera permitido, siendo indispensable que, el susodicho engaño, haya sido el estímulo determinante de la rendición o capitulación de ella; este Tribunal, a lo largo de los tiempos, ha reputado engaño diversos ardidés o imposturas, pero, a través de un lento y prolongado proceso de depuración y decantación, polariza, el precitado engaño en dos hipótesis: promesa expresa de matrimonio, sería, formal, creíble e incumplida tras el yacimiento carnal; y relaciones de noviazgo prematrimoniales, serias, públicas, ostensibles, prolongadas y conocidas, e incluso consentidas por las familias de ambos». En esta misma sentencia, el Tribunal Supremo español, en un discurso paternalista, llega a afirmar que «la mayor irreflexión, la fragilidad, la inmadurez y la presumible inocencia, características de la mujer en esa edad juvenil tan cercana a la niñez,

acrecientan su vulnerabilidad frente a los halagos y a los acuciantes apremios varoniles que utilizan y se valen del resorte estimulador y fascinante que supone la promesa, expresa o tácita, de matrimonio, para vencer la natural resistencia de la joven de que se trate y lograr así la satisfacción de impacientes apetitos sexuales, los que, una vez apagados -especialmente si hay embarazo-, van seguidos del desvío, del olvido, del incumplimiento de lo prometido y del intento de exonerarse de toda responsabilidad, especialmente de cualquier tipo de carga o gravamen consecutivos al yacimiento y al engendramiento y concepción de un nuevo ser».

La relación de causalidad entre engaño y acceso carnal ha de quedar debidamente probada, no siendo suficiente el hecho de mantener relaciones amorosas de noviazgo, pues de ello, sin más, no resulta ninguna clase de engaño. Así lo estima la STS de 31 de octubre de 1981:

Para que se pueda entender cometido el engaño que constituye elemento esencial del tipo del delito de estupro, es esencialmente imprescindible que del relato fáctico de la sentencia aparezca que el ardido o medio de seducción empleado por el agente para captar el consentimiento de la mujer, o para lograr que ésta prestase su asentimiento a la realización del acto carnal se halle con respecto a este en relación de causa a efecto, de manera tal, que se pueda sentar la conclusión de que aquélla no hubiese prestado su consentimiento de haber conocido la falsedad constitutiva del engaño.

Finalmente, es de señalar que se ha derogado la exención de toda pena (prevista anteriormente en el artículo 151) para aquellos casos, en los delitos de estupro o rapto, en los que el delincuente contrajere matrimonio con la persona ofendida.

4. INCESTO

Es incesto el acceso carnal entre ascendientes y descendientes, o entre hermanos, o entre adoptante y adoptado, con madrastra o padrastro (art. 143 del CP). No hay límite de edad, ni se exige prevalimiento (en cuyo caso estaríamos ante un estupro del artículo 142) ni tiene eficacia alguna el consentimiento de ambos partícipes en la relación sexual.

El legislador hondureño castiga las relaciones incestuosas, con independencia de que se practiquen entre personas adultas y con pleno consentimiento (lo cual es muy discutible como política criminal *de lege ferenda*). El tipo se extiende al acceso carnal entre ascendientes y descendientes o entre hermanos, sin distinción alguna sobre la naturaleza de la filiación o sobre la cualidad de hermanos de un solo vínculo o de doble vínculo. Todos ellos estarán incluidos como eventuales sujetos activos del tipo (hermanos solo de madre, hermanos adoptivos, padre e hija adoptiva, etc.). Sujetos activos son, por tanto, ambos participantes en el acceso carnal. Pero también lo ha extendido, en la reforma de 2005 (Decreto 235-2005, de 1 de

septiembre) al acceso carnal con madrastra o padrastro.

La penalidad es diferente según que la víctima sea mayor de 18 años o menor de esta edad y mayor de 14 años (si es menor de 14 años estaremos siempre ante una violación del artículo 140.1 del CP). Resulta difícil determinar quién es la víctima. Veamos algunos ejemplos: acceso carnal entre la madrastra (25 años) y el hijastro (22 años); o entre dos hermanos (ella de 25 años y él de 30); o entre dos hermanos adoptivos (ambos de 19 años de edad). ¿Quién es la víctima y quién el agresor en estos casos, si ambos actúan libremente en su relación? ¿Quién es entonces la parte ofendida legitimada para presentar querrela? Quizás el legislador lo sepa, pero no nos lo ha dicho. Si el incesto se comete entre personas adultas –y como tales deben tenerse los mayores de 18 años⁽⁶²⁾– debería de ser atípico. Lo que cada cuál haga libremente en la intimidad no puede ni debe ser controlado por el Derecho Penal.

En cualquier caso, el legislador ha dispuesto que si la víctima es mayor de 18 años, la pena será de 4 a 6 años de reclusión y, si la víctima es menor de 18 años (y mayor de 14), la pena se agravará en un medio (1/2). En tal caso, los menores no incurrirán en pena alguna, pero quedarán sometidos a las medidas tutelares que las leyes especiales determinen; lo mismo sucederá si el acceso carnal se produce siendo ambos partícipes menores de 18 años.

Es éste un delito privado, en lo tocante a víctimas mayores de 18 años, ya que el artículo 143, último inciso, exige, para proceder por delito de incesto, querrela de la parte ofendida o de su representante legal (lo mismo señala el art. 152.III del CP). Si tenemos presente que se castigan como incesto también los accesos carnales entre mayores de edad y con pleno consentimiento, siendo entonces ambos sujetos activos del delito, no se comprende quién puede en tales casos interponer querrela como parte ofendida; ello nos lleva a pensar que, de facto, tales conductas no serán punibles.

En el delito de incesto, el Ministerio Público podrá actuar de oficio o a instancia de parte interesada la víctima sea menor de 18 años.

5. RAPTO

El delito de raptor está previsto en el artículo 144 del Código Penal, con la

⁽⁶²⁾ Aunque el Código Civil establece la mayoría de edad en los 21 años (art. 265.3) no puede perderse de vista que la emancipación voluntaria, legal y judicial puede tener lugar desde los 18 años.

siguiente redacción:

Quien con fines de carácter sexual y mediante fuerza, intimidación o engaño, sustrae o retiene a una persona será sancionado con reclusión de tres (4) a seis (6) años.

Cuando la víctima de este delito sea una persona menor de dieciocho (18) años de edad, se sancionará con la pena prevista en el párrafo anterior aumentada en un medio (1/2).

El delito de rapto es pluriofensivo: protege la libertad ambulatoria y la libertad sexual del sujeto pasivo. Consiste en sustraer o retener a una persona, mediante fuerza, intimidación o engaño y con fines de carácter sexual. Los elementos del delito son los siguientes:

1. Sujeto activo y pasivo pueden serlo tanto un hombre como una mujer en todas sus variantes (hombre-hombre, hombre-mujer, mujer-mujer, mujer-hombre).

2. La acción consiste en la privación de la libertad deambulatoria del sujeto pasivo, aunque «con fines de carácter sexual», pues de no ser ésta la finalidad, sino otra, estaríamos ante un secuestro o una detención ilegal de los artículos 192 y siguientes del CP.

3. La modalidad de acción puede ser violenta (mediante fuerza o intimidación) o fraudulenta (mediante engaño).

4. Como elemento subjetivo del injusto, la finalidad del autor ha de ser la de tener algún tipo de relación sexual con la víctima. La antigua expresión «con miras deshonestas» (equivalente a la actual «con fines de carácter sexual») fue entendida por la antigua jurisprudencia española como finalidad de «realizar cualquier comportamiento de tipo erótico-libidinoso, sexual, constituya o no delito» (STS de 7 de mayo de 1976).

5. El delito de rapto se consuma con la privación de la libertad ambulatoria, sin necesidad de que se lleven a cabo las intenciones del autor.

De *lege ferenda* sería deseable la desaparición de este tipo puesto que, los supuestos de rapto merecedores de sanción pueden ser tipificados como delitos contra la libertad y seguridad (secuestro, detenciones ilegales, sustracción de menores: arts. 192 y ss. del CP). Y los delitos contra la libertad sexual que se cometan con motivo o con ocasión de un rapto se castigarán conforme a los respectivos tipos de violación, actos de lujuria o estupro, según las reglas generales

del concurso de delitos.

Ha desaparecido la exención de toda pena (prevista en el derogado art. 151 del CP) cuando, en el delito de raptó, el delincuente contrajere matrimonio con la persona ofendida, siempre que esta última haya sido puesta en libertad.

6. HOSTIGAMIENTO SEXUAL

El artículo 147-A castiga la conducta de hostigamiento sexual, en los siguientes términos:

Quien valiéndose de una situación de superioridad jerárquica laboral, administrativa, docente o análoga, cause a la víctima inestabilidad laboral, descalificación en el desempeño de su trabajo o para ascensos laborales o le impida el acceso a un puesto de trabajo, como represalias al rechazo de actos indecorosos realizados a través de insinuaciones o solicitud de favores de carácter sexual para sí o para un tercero, incurrirá en el delito de hostigamiento sexual y será sancionado con pena de reclusión de uno (1) a tres (3) años o de inhabilitación especial por ese mismo período, cuando proceda, siempre y cuando las insinuaciones o solicitud de favores sexuales hubiesen sido rechazadas ante quien las formula, o se hubiesen puesto oportunamente en conocimiento de la autoridad jerárquica laboral o del gremio al que esté afiliado el sujeto pasivo.

Los sujetos activo y pasivo de este delito pueden serlo tanto un hombre como una mujer en cualquiera de sus posibles variantes (hombre-hombre, hombre-mujer, mujer-mujer, mujer-hombre). El tercero, eventualmente beneficiario de los favores sexuales, se configura como partícipe.

La conducta típica del hostigamiento sexual requiera la confluencia de los siguientes elementos:

1) Una previa insinuación o solicitud de favores sexuales para sí mismo o para un tercero. La petición o insinuación ha de ser directa e inequívoca. Los favores demandados podrán concretarse en cualquiera que tenga carácter o contenido sexual, siempre que puedan calificarse de «actos indecorosos». Deben descartarse las insinuaciones o solicitudes meramente amorosas.

2) La insinuación o solicitud de favores sexuales debe haber sido rechazada y puesta en conocimiento de la autoridad jerárquica correspondiente (laboral, administrativa, académica) o del gremio al que esté afiliado el sujeto pasivo.

3) Entre ofensor y ofendido ha de existir una relación de «superioridad jerárquica laboral, administrativa, docente o análoga», que otorgue al primero una superioridad cierta sobre el segundo, no un mero ascendiente.

4) El hostigador ha de causar a la víctima inestabilidad laboral, descalificación en el desempeño de su trabajo o para ascensos laborales o le impida el acceso a un puesto de trabajo, como represalias al rechazo de sus requerimientos. No basta la mera amenaza, sino que es necesaria la causación efectiva del mal. Naturalmente, el mal causado ha de estar relacionado con las legítimas y razonables expectativas que pudiera tener la víctima; de manera que si el perjuicio causado lo es en otros terrenos, o lo que el sujeto activo cercena son fantasiosas o ilícitas aspiraciones de la víctima, faltaría este requisito del tipo.

El precepto se refiere sólo a males causados a la víctima, quedando excluidas aquellas situaciones que merecen igual reproche como la de causar esos mismos males a personas del entorno íntimo de la víctima (novio, cónyuge, parientes) que estuvieran en situación de inferioridad jerárquica respecto del sujeto activo.

7. DELITOS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL

La explotación comercial del sexo, en su amplia variedad, no puede, por sí misma, considerarse delictiva. No resulta admisible que se cercene la libertad de los individuos mayores de edad, y capaces de discernir a la hora de elegir cómo desarrollar su sexualidad o cómo utilizarla en sus relaciones libres y consentidas con otras personas también mayores de edad. No es asumible, en una sociedad que valora la libertad de sus individuos, que a éstos se les impida decidir libremente si en sus relaciones sexuales ha de mediar precio o si pueden acceder a espectáculos pornográficos o a revistas de idéntico carácter. Por lo mismo, desde el punto de vista del sujeto pasivo, no es quien el Estado para impedir a un ciudadano libre y consciente dedicarse a la pornografía como medio de vida.

El principio de intervención mínima debe conducir al legislador a no criminalizar estas conductas, relativas a la explotación comercial del sexo, cuando las actividades (sujeto activo y pasivo) se llevan a cabo entre personas mayores de edad. En tales casos, el libre ejercicio de la libertad sexual por estas personas excluye la agresión al bien jurídico protegido (precisamente la libertad e integridad sexual, física y psicológica de las personas), que no se ve afectado.

Por otra parte, la sociedad pluralista admite, y la Constitución hondureña ampara, la libertad de expresión (arts. 72, 73, 74), y, en consecuencia, la producción

y creación literaria y artística, cualquiera que sea su contenido, salvo que se trate de proteger los valores éticos y culturales de las personas, «especialmente de la infancia, de la adolescencia y de la juventud» (artículo 75 CH). Sólo bajo este criterio sería admisible reprimir ciertos comportamientos que podrían atentar contra el libre desarrollo de la personalidad de los menores o de quienes son deficientes mentales y no tienen capacidad para decidir libremente sobre sus preferencias en cuestiones relativas al sexo. En tales supuestos estaría en juego el bienestar psíquico de menores e incapaces o el interés porque obtengan un adecuado proceso de formación.

Por lo que atañe concretamente a la prostitución, por sí misma, no es delito. Ésta se admite y tolera dentro de ciertos límites, aunque se intente reducir al máximo y castigar algunas conductas concomitantes. Una modificación de las tipologías relativas a la prostitución exige perseguir el siguiente objetivo: dispensar protección a la libertad sexual y desentenderse de preocupaciones moralizantes, de suerte que sean punibles únicamente aquellos comportamientos a través de los cuales se determine coactivamente a alguien a prostituirse o se induzca a un menor o incapaz a que lo haga.

Se entiende como prostitución la satisfacción sexual que una persona da a otra a cambio de un precio. Los componentes de tal actividad son los siguientes: una prestación de naturaleza sexual (de cualquier tipo que pueda imaginarse); la percepción de un precio o contraprestación por el servicio prestado; y también puede añadirse el elemento de la habitualidad o profesionalidad, ya que la realización de una sola prestación sexual, aunque sea por dinero, no parece que pueda denominarse prostitución, al menos en el sentido usual del lenguaje.

El legislador ha tipificado, como delitos de explotación sexual comercial los delitos de proxenetismo, trata de personas, pornografía y promoción del turismo sexual. Además ha proporcionado un concepto legal de explotación sexual comercial en el artículo 154-A: «la utilización de personas en actividades con fines sexuales donde existe un pago o promesa de pago para la víctima o para un tercero que comercia con ella».

A) Proxenetismo

El artículo 148 dispone:

Incurrir en el delito de proxenetismo quien promueva, induzca, facilite, reclute o someta a otras personas en actividades de explotación sexual

comercial, y será sancionado con pena de reclusión de seis (6) a diez (10) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos⁽⁶³⁾.

Las penas anteriores se aumentarán en un medio (1/2) en los siguientes casos:

- 1) Cuando las víctimas sean menores de dieciocho (18) años;*
- 2) Cuando el sujeto activo se aprovecha de su oficio, profesión o negocio;*
- 3) Cuando el sujeto activo ejerce una relación de poder por razón de confianza, parentesco o jerarquía sobre la víctima;*
- 4) Cuando la víctima es sometida a condiciones de servidumbre u otras prácticas análogas de esclavitud.*

1) El sujeto activo y pasivo no viene determinado por el sexo; pueden serlo, indistintamente, un hombre o una mujer. La edad del sujeto pasivo es solamente un dato para elevar la pena en la mitad cuando se trate de menores de dieciocho años. El sujeto activo no puede ser la propia persona que vende sus favores sexuales (los comportamientos del tipo se refiere «a otras personas», no al sujeto activo): es impune el comportamiento libre de prostituirse.

2) La conducta típica consiste en promover, inducir, facilitar, reclutar y someter a otras personas a actividades de explotación sexual. Los verbos que determinan los comportamientos típicos son demasiado amplios; permiten incluir en el tipo la actividad de proxenetas (personas que, con móviles de lucro, financian o intervienen en alguna medida para favorecer la prostitución, singularmente mediante la facilitación de establecimientos), rufianes (quienes viven en todo o en parte a expensas de la persona que ejerce la prostitución); pero también los actos de inducción, cooperación o complicidad podrían ser aquí, por virtud de la amplitud de los comportamientos abarcados, actos de autoría del delito. La STS 588/1996, de 18 de septiembre nos dice: «Promover equivale a impulsar, a iniciar, a incitar o a estimular. Favorecer consiste en cooperar, fomentar, patrocinar, contribuir, mediar. Facilitar es posibilitar, permitir, simplificar, allanar».

Así, por ejemplo, promueven y/o facilitan las actividades de explotación sexual comercial quienes determinan a una persona a prostituirse o quien la retiene en el ejercicio de la prostitución, quien financia de cualquier modo o facilita los medios (locales, establecimientos, viviendas), o quien ejerce como encargado, administrador, gerente de las mancebías o prostíbulos, siempre que lo haga a sabiendas, es decir, con dolo. En cualquier caso, la acción ha de ser de apoyo

(63) El artículo 154-B fija cómo ha de hacerse el cálculo de tales multas: «tomando como base el salario mínimo mensual en su escala mayor según la región y la actividad económica de la zona».

directo y relevante para el ejercicio de la actividad de explotación sexual comercial. No tienen cabida las conductas de colaboración indirecta o propias de quienes realizan tareas secundarias relacionadas con el prostíbulo (p. ej., quien se ocupa de la limpieza de las habitaciones).

3) La conducta típica venía delimitada, en la anterior redacción del artículo 148, por la nota de «habitualidad». Hoy ha desaparecido tal requisito expreso del tipo, pero puede entenderse que aún se mantiene en alguna medida, puesto que el comportamiento típico viene referido «a otras personas» (en plural), de manera que quien induce a una sola persona a prostituirse no comete este delito. No se encontraría incardinado en este tipo quien convence a alguien para que le preste a él mismo servicios sexuales a cambio de precio, aunque tales servicios se realicen habitualmente o con abuso de autoridad o confianza (pensemos en quien contrata a una muchacha de servicio no solo para atender la casa sino también para procurarle servicios sexuales a su dueño). Tales acciones podrían tener encaje, quizás, en otras tipologías pero no en ésta. Claro es que, si la prestación sexual se produce mediando fuerza o intimidación estaríamos ante una violación.

4) Además, el tipo exige, implícitamente, ánimo de lucro en el autor; así se desprende de los términos «actividades de *explotación sexual comercial*» (es decir, pertenecientes al comercio, a transacciones onerosas). También la definición legal de «explotación sexual comercial», dada por el artículo 154-A del CP incluye «un pago o promesa de pago para la víctima o para un tercero que comercia con ella». Por lo demás, el ánimo de lucro va inherente al concepto de proxeneta que, según el Diccionario de la Academia Española de la Lengua, es la «persona que, con móviles de lucro, interviene para favorecer relaciones sexuales ilícitas».

5) Es aconsejable una interpretación restrictiva del tipo para salvaguardar la libertad de la persona que voluntariamente quiere vender sus favores sexuales y de quienes, de alguna manera, realizan un acto de cooperación, necesaria o no, con ella (por ejemplo, no parece razonable condenar a quien alquila su vivienda a una prostituta que recibe en casa sin escándalo: hay ánimo de lucro en el locatario, pero no en relación con la actividad de la prostitución).

6) Las penas se incrementan en un medio cuando el proxeneta se aprovecha de su oficio, profesión o negocio para llevar a cabo el comportamiento típico, o de su prevalencia sobre la víctima (confianza, parentesco o jerarquía) o, en fin cuando la víctima es sometida por el proxeneta a condiciones inhumanas o degradantes análogas a la esclavitud.

B) Trata de personas

Los artículos 149 a 149-D regulan el delito de trata de personas.

a) *Trata de personas con fines de explotación sexual comercial.* El comportamiento típico consiste en «facilitar, promover o ejecutar el reclutamiento, la retención, el transporte, el traslado, la entrega, la acogida o la recepción de personas, dentro o fuera del territorio nacional, con fines de explotación sexual comercial».

Los verbos que delimitan la acción típica son enormemente amplios, al igual que vimos al examinar el tipo del proxenetismo (art. 148). No hay diferencia entre algunas conductas típicas: reclutar a otras personas en actividades de explotación sexual comercial se castiga en ambos preceptos (art. 148 y 149), siendo más grave la pena prevista en el artículo 149⁽⁶⁴⁾. Cualquier colaboración o contribución en la cadena que se inicia con las actividades de reclutamiento de las personas que van a ser objeto de explotación sexual comercial, hasta su puesta a disposición del consumidor de la actividad sexual, es penada en este precepto (p. ej., quien las oculta o cede el local para ocultarlas, quien cede el vehículo para transportarlas de un lugar a otro, quien conduce dicho vehículo, etc.); eso sí, ha de ser un comportamiento relevante, no puramente accesorio. El hecho se penaliza incluso cuando se haya cometido fuera del territorio nacional hondureño (es esta una excepción al principio de territorialidad: art. 3 del CP).

La pena prevista es de 8 a 13 años de reclusión y multa de 150 a 250 salarios mínimos. Dichas penas se incrementarán en un medio, en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima sea una persona menor de 18 años.
- 2) Cuando el sujeto activo haga uso de fuerza, intimidación, engaño o promesa de trabajo.
- 3) Cuando el sujeto activo suministra drogas o alcohol a la víctima.
- 4) Cuando el sujeto activo se aprovecha de la confianza de las personas que

(64) Pensemos en quien recluta a varias mujeres en un determinado poblado para llevarlas a ejercer la prostitución a un local de la capital, que es de su propiedad; el comportamiento encajaría sin dificultad en ambos tipos (art. 148 y 149). Para diferenciar el comportamiento consistente en «reclutar» utilizado por ambos tipos, tendríamos que pensar, por ejemplo, en que el artículo 148 se refiere al reclutamiento de cualquier persona que, a su vez, puede aportar conductas relevantes, como sujetos activos, en el negocio de la explotación sexual comercial (como, por ejemplo, fotógrafos, cámaras, encargados de prostíbulos, etc.), mientras que el artículo 149 se referiría exclusivamente a quienes reclutan a los sujetos pasivos de la explotación sexual comercial. De este modo tendría sentido la mayor penalidad del artículo 149 respecto de la del 148.

tienen autoridad sobre la víctima o hace pagos, préstamos o concesiones para obtener su consentimiento.

b) Menores expuestos o utilizados en centros o espectáculos de explotación sexual. Se regulan estos delitos en los artículos 149-A y 149-B. Los sujetos pasivos en ambos casos son menores de 18 años. En el primero se castiga a quienes induzcan o permitan «la exposición» de estos menores «en centros que promuevan la explotación sexual comercial»; la pena es de 3 a 6 años de reclusión y multa de 50 a 100 salarios mínimos. En el segundo se castiga a quienes los utilicen «en exhibiciones o espectáculos públicos o privados de naturaleza sexual»; la pena es de 4 a 8 años de reclusión y multa de 100 a 200 salarios mínimos.

Obsérvese que el artículo 149-A criminaliza la «exposición» de menores de 18 años en centros que promueven la explotación sexual comercial. Basta, por tanto, que un menor esté expuesto a la vista en un prostíbulo para incurrir en este tipo, mientras que el artículo 149-B exige la «utilización» del menor en el espectáculo o exhibición de naturaleza sexual, lo cual exige una participación del menor en dicho espectáculo, aunque sea mínima y fugaz.

c) Prostitución de menores de 18 años. Aunque la prostitución libremente aceptada no es delito, si quien vende sus favores sexuales es menor de 18 años y mayor de 14 (si fuera menor de esta edad estaríamos ante un delito de violación: art. 140.1), el comprador de tales favores incurriría en el delito del artículo 149-C. Aquí se pena «el acceso carnal o actos de lujuria con personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, realizados a cambio de pago o cualquier otra retribución en dinero o especie a la persona menor de edad o a una tercera persona»; la pena prevista es de 6 a 10 años de reclusión. Si no hay pago o retribución a cambio de la relación sexual, no hay delito.

Obsérvese la paradoja siguiente: si una persona mayor de edad (p. ej. una mujer de 21 años) tiene acceso carnal voluntario y libre con un varón de 17 años, con el que no tiene ninguna relación de parentesco o prevalencia, no hay delito alguno. Pero si la mujer le retribuye o compensa económicamente o en especie, comete el delito del artículo 149-C. El sexo gratis, cuando interviene voluntariamente un menor de 18 años pero mayor de 14, no es punible, pero si el menor recibe una contraprestación económica, aunque la acción haya sido igualmente voluntaria, sí es punible.

C) Pornografía

a) Tipo básico. En el artículo 143-D se dice que comete el delito de pornografía «quien por cualquier medio sea directo, mecánico o con soporte informático,

electrónico o de otro tipo financie, produzca, reproduzca, distribuya, importe, exporte, ofrezca, comercialice o difunda material donde se utilice la persona e imagen de personas menores de dieciocho (18) años de edad en acciones o actividades pornográfica o eróticas». La pena prevista es de 10 a 15 años de reclusión y multa de 200 a 300 salarios mínimos.

Sujeto activo puede ser cualquiera; sujeto pasivo es el menor de 18 años (deberían de serlo también los incapaces). La conducta típica abarca una variada y amplia gama de comportamientos que tienden a distribuir y difundir material pornográfico o erótico en el que han participado como sujetos pasivos menores de 18 años. El precepto no detiene el castigo en quien utiliza a los menores para lograr el material, sino que lo extiende a todo aquel que después se sirve del mismo (películas, fotografías, etc.) para darlo a conocer y difundirlo a terceros.

b) *Tenencia de material pornográfico de menores.* El artículo 149-D, en su párrafo segundo, castiga la mera «tenencia de material pornográfico de niños, niñas y adolescentes», con pena de 4 a 6 años de reclusión.

Dos observaciones, al menos, merece este precepto:

a) La primera, que hubiera sido más correcto señalar como sujeto pasivo a los menores de 18 años (igual que en el párrafo primero), en vez de realizar esa enumeración perifrástica de «niños, niñas y adolescentes».

b) La segunda, de mayor calado, es la relativa al material cuya tenencia se castiga. Mientras en el párrafo primero se habla de material relativo a acciones o actividades «pornográficas o eróticas», aquí sólo se sanciona la tenencia de material pornográfico, no de material erótico. Decía la STS de 29 de septiembre de 1984, que la pornografía consiste en desbordar los límites de lo erótico y provocar una sexualidad desviada y pervertida conducente a la degradación personal. La pornografía tiene una nota de obscenidad, que no se da en lo erótico que puede incluso resultar bello y artístico (piénsese en los ángeles desnudos de las obras del Renacimiento o en las fotografías que algunos padres hacen desnudos a sus hijos recién nacidos).

Así las cosas, debido al texto del artículo 149-D, párrafo segundo, del CP, lo cierto es que la tenencia de material erótico en el que los protagonistas del mismo sean menores de 18 años, no es punible, aunque sí lo sea la posesión de material pornográfico.

D) Promoción del turismo sexual

En el artículo 149-E se castiga a «*quien para atraer la afluencia de turistas, promueva o realice programas publicitarios o campañas de todo tipo, haciendo uso de cualquier medio para proyectar el país a nivel nacional e internacional, como un*

destino turístico accesible para el ejercicio de actividades sexuales con personas de uno u otro sexo». La pena es de 8 a 12 años de reclusión y multa de 150 a 200 salarios mínimos.

La acción es «promover o realizar programas publicitarios o campañas de todo tipo», con la finalidad de «atraer la afluencia de turistas», proyectando la imagen del país, a nivel nacional e internacional, como «destino turístico accesible para el ejercicio de actividades sexuales con personas de uno u otro sexo».

Difícilmente puede verse en este tipo una protección a la libertad e integridad física, psicológica y sexual de las personas. Más bien se trata de proteger la imagen del país, de evitar que se proyecte publicitariamente como un paraíso sexual con la finalidad de atraer un turismo sexual, como el generado en otros países (Cuba, Santo Domingo, Tailandia). No es un delito de resultado, de manera que poco importa si finalmente la campaña publicitaria atrae o no turismo. Lo que sí se exige es que la finalidad de la campaña sea atraer la afluencia de turistas; de ser otra la finalidad de la campaña (por ejemplo, la investigación), no se cumple el tipo.

Las penas se agravarán en un medio:

- 1) Cuando las víctimas sean menores de 18 años de edad. Pero, en este delito no hay víctimas concretas; todas las personas nacionales o residentes en Honduras podrían considerarse ofendidas por la campaña publicitaria en cuestión.
- 2) Cuando el autor se valga de ser funcionario o autoridad pública en servicio.

8. DISPOSICIONES GENERALES

El tercero de los capítulos dedicados a estos tipos delictivos recoge una serie de disposiciones generales.

a) Requisitos de procedibilidad. El artículo 152 del CP los regula del siguiente modo: 1) Víctimas menores de 18 años: se procederá mediante acción pública ejercida por el Ministerio Fiscal de oficio o a instancia de parte interesada. 2) Delitos de violación y de explotación sexual comercial: se procederá de oficio por el Ministerio Público o a instancia de parte interesada, aunque la víctima fuera mayor de 18 años. 3) En los restantes delitos de este título, cuando la víctima sea mayor de 18 años, se exige como requisito de procedibilidad o de perseguibilidad la interposición de querrela.

b) Indemnización. El artículo 153 dispone que los reos por los delitos del capítulo I, título II (violación, actos de lujuria, estupro, incesto, rapto y hostigamiento sexual) serán también condenados, por vía de indemnización, a:

- 1) Proveer alimentos a la ofendida y a los concebidos como consecuencia de la relación sexual, en su caso.
- 2) Reconocer a los concebidos como consecuencia de la relación sexual, salvo oposición de la madre.
- 3) Indemnizar por los costos del tratamiento médico o psicológico, terapia y rehabilitación física y ocupacional por perturbación emocional, dolor, sufrimiento y cualquier otra pérdida sufrida por la víctima.

c) *Cómplices penados como autores.* Aunque los cómplices, como cooperadores no necesarios para la ejecución del delito (artículo 33 CP), son tratados más levemente, en términos de cuantía de pena, que los autores (artículo 66 CP), en los delitos contra la libertad sexual, «serán penado como autores, los ascendientes, tutores, maestros, o cualesquier persona que con abuso de autoridad o encargo, cooperaren como cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en el presente título» (artículo 154 CP).

d) *Definición legal de explotación sexual comercial.* En el artículo 154-A ofrece el legislador una definición de lo que ha de entenderse por explotación sexual comercial: «la utilización de personas en actividades con fines sexuales donde existe un pago o promesa de pago para la víctima o para un tercero que comercie con ella».

e) *Multa-salario mínimo.* Una de las novedades introducidas por el Decreto 234-2005, de 1 de septiembre, ha sido la determinación de las multas con referencia al salario mínimo. El artículo 154-B fija cómo ha de hacerse el cálculo de tales multas: «tomando como base el salario mínimo mensual en su escala mayor según la región y la actividad económica de la zona».

Capítulo IV. Delitos contra el honor

El honor es uno de los bienes jurídicos más sutiles y difíciles de aprehender. Aun tratándose de un atributo esencial de la personalidad, inherente a todo ser humano, es, al propio tiempo, un bien jurídico socialmente condicionado, relativo, circunstancial, versátil. Podemos saber cuándo se lesiona la vida o el patrimonio, pero no podemos precisar con la misma seguridad si se ha ofendido el honor, la dignidad de una persona.

La STS de 26 de noviembre de 1982 (RJ 1982\7210) ya dijo al respecto que «una misma expresión puede ser injuriosa o dejar de serlo en un corto o más dilatado período de tiempo, o, contemporáneamente, pueden ser y no ser, según el ambiente socio-cultural en que se profieran». De ahí que, en cada caso, no solamente deba ponderarse el significado literal de los términos vertidos, sino también las circunstancias en relación con el momento, ocasión, difusión, modo, ambiente, lugar y nivel cultural de actores y receptores (SSTS de 18 de septiembre de 1986 y 24 de junio de 1995).

El concepto de honor se delimita por un aspecto subjetivo y otro objetivo. El primero comprende la conciencia que uno tiene de su propio mérito o reputación, de su propia valía y prestigio (autoestima); el segundo, viene dado por el juicio que de una persona tienen las demás, referido a su fama o reputación social (heteroestima). De «bien jurídico en sentido objetivo (reputación, honestidad, fama y valoración pública), y subjetivo (pundonor, natural estimación y amor propio)», nos habla la STS de 18 de septiembre de 1986 (RJ 1986\4685).

La Constitución hondureña eleva a la categoría de derecho fundamental el honor (artículo 76), en plano de igualdad con la intimidad personal, familiar y la propia imagen, que muchas veces se confunden con aquél. La lesión de cualquiera de estos derechos supone, a su vez, una lesión mediata de la dignidad de la persona (derecho inviolable del ser humano: artículo 59 CH), sobre la que se sustenta el derecho al honor. Y, de ahí, la actual socialización del concepto de honor. El honor corresponde a toda persona por el hecho de serlo y se desliga, por el peso del principio de igualdad, de concepciones aristocráticas, plutocráticas o meritocráticas. El derecho al honor, tal y como lo configura la Constitución hondureña, corresponde a todos y ha de tener, en consecuencia, un contenido general. El honor —indica la

STS de 7 de diciembre de 1984— ya no es privilegio o patrimonio exclusivo de las clases acomodadas o de las personas refinadas o cultas, sino que corresponde a todos como derecho individual e irrenunciable de la persona, y, con mayor motivo, en un régimen democrático tan exento de privilegios y preeminencias clasistas. La misma sentencia señala que «aun las personas más degradadas o envilecidas conservan un a modo de oasis de dignidad, que no es lícito profanar, ofender y lesionar».

Contra el honor se atenta a través de los delitos de calumnia, injuria y difamación, que pasamos a analizar seguidamente.

1. CALUMNIA

El delito de calumnia es definido en el artículo 155 del Código: «*La calumnia, o falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, será penado con reclusión de dos (2) a tres (3) años*».

A) Acción típica

La acción típica del delito de calumnia se manifiesta en los siguientes elementos:

1. Una imputación, es decir, que se atribuya a una persona, determinada o determinable, la perpetración de un delito perseguible de oficio; imputación que ha de ser precisa, terminante y concreta. Por ello, no es calumnia llamar a una persona «estafador» o «ladrón» (imputación meramente imprecativa), si no se le atribuyen específicamente conductas que sean constitutivas de estafa o robo, sin perjuicio de que tales supuestos puedan reconducirse como un delito de injurias.

2. La imputación puede hacerse verbalmente o por escrito, de forma manifiesta o por medio de alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones (artículo 166 CP).

3. La imputación ha de ser de un delito, no de una falta, ni de un delito no perseguible de oficio (en estos dos últimos supuestos podría estarse ante unas injurias). Es indiferente el grado de ejecución del delito imputado o participación que se achaque a la persona calumniada.

4. La atribución de tal delito ha de ser falsa. En tal sentido, el artículo 156 del Código Penal admite la llamada *exceptio veritatis*, al declarar que «el acusado por el delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que

hubiese imputado».

5. Como elemento subjetivo, se requiere el conocimiento por el agente de la falsedad de la imputación, así como la intención dolosa de atentar a la fama del ofendido, *animus infamandi* o intención difamatoria.

B) Sujeto pasivo

a) *Personas jurídicas*. Aunque las personas jurídicas sean titulares del derecho al honor (STC 13/1995), no parece que puedan ser sujetos pasivos de un delito de calumnia toda vez que carecen de capacidad para delinquir. En efecto, en el derecho hondureño rige el principio *societas delinquere non potest* (artículo 34-A CP), de suerte que la imputación a una persona jurídica de la comisión de un delito no puede ser una calumnia sino, a lo sumo, una injuria.

b) *Menores e inimputables*. Quienes niegan que los menores e inimputables puedan ser sujetos pasivos de calumnia argumentan que no se les puede imputar la comisión de un delito porque carecen de capacidad para cometerlo; que la honorabilidad es un concepto social (honor objetivo) cuyo presupuesto —un mínimo de relaciones interpersonales y sociales, como soporte de la imagen pública— falta en menores e inimputables; que éstos carecen de capacidad suficiente para «sentir» la ofensa (honor subjetivo); o también que parece injusto conferir capacidad «pasiva» a los efectos favorables (como sujeto pasivo del delito), negando la correspondiente capacidad «activa» en lo que les perjudica (sujetos activos de delito).

La doctrina mayoritaria contraargumenta que menores e inimputables pueden cometer hechos criminales, aunque para la ley no sean culpables; que tienen capacidad de acción, por lo que no resulta ficticio imputarles la comisión de delitos; que dichas imputaciones lesionan el honor de toda persona, aunque se trate de menores e inimputables; que las calumnias e injurias atentan contra el honor objetivo, siendo irrelevante la sensibilidad del sujeto pasivo receptor de la ofensa; y que parece injusto que menores e inimputables tengan que redimir su falta de culpabilidad renunciando forzosamente a la tutela de su honor como contrapartida.

La jurisprudencia mantiene inequívocamente la posibilidad de que menores y enajenados devengan sujetos pasivos del delito de calumnias (SSTS de 3 de febrero de 1984, 4 de julio de 1985, 14 de noviembre de 1985

c) *Personas fallecidas*. Teniendo en cuenta que los delitos de calumnia solo pueden ser perseguidos en virtud de querrela de la parte agraviada (artículo 166 CP), podría concluirse que no es posible considerar a las personas fallecidas como

sujetos pasivos de este delito. Sin embargo, el artículo 168 del CP prevé que, «si el ofendido muriere antes de transcurrir el término señalado para la prescripción de la acción, o el delito se hubiere cometido contra la memoria de una persona difunta, la querrela podrá interponerse por el cónyuge o cualquiera de los ascendientes, descendientes y hermanos del difunto o herederos del mismo». De la lectura de este precepto se desprende que el honor de la «memoria del difunto» (su fama) también es susceptible de protección.

2. INJURIA

Según el artículo 157 del Código, comete injuria «quien profiera expresión o ejecute acción en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona», al cual se le impondrá una pena de uno (1) a dos (2) años.

A) Acción típica

La acción típica se manifiesta en los siguientes elementos:

1. Elemento objetivo, que consiste en una expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona. De este elemento hay que matizar dos aspectos:

a) La acción se puede cometer tanto mediante afirmaciones de hecho como formulando juicios de valor. Admite una mecánica comisiva verbal, escrita y fáctica (como, por ejemplo, gestos, conato de agresión, maltrato de obra); caben tanto las denominadas injurias manifiestas como las simbólicas. Como advierte el artículo 162 del CP, se comete el delito de injuria no solo manifiestamente, sino también por medio de alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones.

b) En cuanto al contenido, aquella expresión o acción ha de tener un significado objetivamente ofensivo. El tipo exige que la expresión proferida o la acción ejecutada lo sea «en» deshonra, descrédito o menosprecio del sujeto pasivo. La preposición «en» designa aquí una propiedad de la acción, con independencia de la intención de injuriar que tenga el sujeto. Si la conducta no es, por sí misma, objetivamente injuriosa, aunque la intención del sujeto activo fuera ofender, no hay acción típica⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁵⁾ La STS de 4 de octubre de 1989 llega a la conclusión de que, objetivamente, ninguna de las palabras vertidas por el acusado era, por sí misma, injuriosa, rechazando, en consecuencia, la existencia de delito. Dice así: «de (nada menos) las treinta y siete palabras injuriosas que el recurrente denuncia como afrentosas para su honor y dignidad profesional, este Tribunal, después de un detenido examen de las mismas, no ha encontrado ni una sola que merezca

Por lo que atañe al alcance de las expresiones o acciones, habrá de ser valorado por el Tribunal, dado su carácter circunstancial, conforme al criterio socio-cultural de la comunidad en que se producen.

2. La protección penal del honor y dignidad de las personas a través de delito de injurias no se hace depender necesariamente de la veracidad o falsedad de las imputaciones, sino del daño que representan para el respeto y consideración que todo ser humano merece. La *exceptio veritatis*, esto es, la demostración de la veracidad del hecho o del juicio de valor afirmado, no excluye la responsabilidad en el delito de injurias, salvo cuando el ofendido sea funcionario o empleado público y se trate de hechos concernientes al ejercicio de su cargo, en cuyo caso el acusado será absuelto si probare ser cierta la imputación (artículo 158 del CP).

3. Elemento subjetivo del injusto, es el *animus iniuriandi*, consistente en la intención de atacar el honor de una persona. En realidad, la injuria no es más que una incitación al rechazo social de una persona o un desprecio o vejación de la misma, lo que sólo puede realizarse intencionadamente.

El ánimo de injuriar es compatible o queda neutralizado, según los casos, ante la eventual concurrencia de otros propósitos: ánimo *defendendi*, *narrandi*, *consulendi*, *corrigendi*, *iocandi*, *criticandi*, etcétera⁽⁶⁶⁾. No hay acción injuriosa por parte del maestro que señala en clase los defectos del trabajo escolar de un alumno para que se corrijan; ni tampoco en el defensor que, para debilitar la credibilidad de un testigo contrario, pone de relieve circunstancias deshonorosas para éste; ni tampoco en la denuncia que efectúa un perjudicado respecto de la actuación ilícita, negligente o deliberada, de algún profesional.

realmente el calificativo de gravemente injuriosa a los efectos punitivos que se pretenden, habiendo algunas simplemente despectivas como la de "pleitero", otras absolutamente inocuas e inofensivas como las de "persona", "individuo", "exigencias", "machacona", y otras incluso laudatorias, como las de "perseverante" y "paladín de la retórica».

(66) La STS de 4 de octubre de 1989 refiere un caso de *animus defendendi*: «aunque alguna de las palabras o de las frases vertidas por escrito o verbalmente tuvieran ese carácter injurioso (que no lo tienen), la conclusión sería la misma, pues el recurrente se olvida que este tipo de delito, para poder existir necesita de un dolo específico cual es el *animus iniuriandi*, requisito imprescindible que no se da en el supuesto enjuiciado, pues tanto de los hechos probados que narra la sentencia impugnada, como del contenido de las actuaciones sumariales y de plenario, se infiere claramente que, en todo caso, se aprecia un "ánimo de defensa" en la actitud del querellado, dado que toda la "dialéctica" entre las partes se produce en un ámbito y en un clima de pleito de comuneros, pleito al que es ajena, por pura lógica, esta jurisdicción penal».

B) Causas de justificación

a) *Legítima defensa*. Se admite la legítima defensa en los delitos contra el honor, siempre que hubiera existido con anterioridad una agresión ideal o material por parte del injuriado, que hubiera tenido o tuviese el carácter de ilegítima (STS de 9 de abril de 1985). El *animus defendendi* puede neutralizar, en muchos casos, la utilización de algunos términos injuriosos. La antigua STS de 12 de febrero de 1979 (RJ 1979\638) recuerda que la eximente de legítima defensa del derecho al patrimonio del honor, como método de autodefensa:

[...] viene admitiéndose por la doctrina de esta Sala, cuando se reacciona inmediata y violentamente frente a los ataques a ese patrimonio, del honor, pues de otra suerte esta importante parcela de los derechos inherentes a la persona humana y que constituyen su patrimonio moral quedaría sin la cobertura de la defensa privada, ya se entienda ésta como subsidiaria de la pública, ya se estime fundada, con mejor técnica, en el principio del interés preponderante, según el cual siempre debe prevalecer el interés legítimo del que se defiende sobre el interés ilegítimo del injusto agresor.

b) *Retorsión*. La retorsión o *animus retorquendi* consiste en injuriar el ofendido a quien, a su vez, le había injuriado antes. No debe confundirse con la legítima defensa: la retorsión es la respuesta a un ataque verbal una vez que éste ha cesado. El artículo 159 del Código Penal autoriza al juez a efectuar una especie de «compensación» de las injurias recíprocas o de estimar el *ius retorquendi*, como causa de justificación, en uno de los injuriantes, al prevenir que, «cuando las injurias fueren recíprocas, el juez podrá según las circunstancias, declararlas no punibles con respecto a ambas partes o a una de ellas».

c) *El estado de ira*. El acaloramiento de quien se ve injustamente vejado puede justificar también las expresiones o acciones injuriosas (quizás fuera más correcto hablar de causa de inculpabilidad), trastocándolas en impunes. Al respecto, el citado artículo 159 del CP faculta al juzgador para que pueda declara no punibles las injurias «proferidas en estado de ira, determinado por el hecho injusto de otro e inmediatamente después de conocido».

d) *Ejercicio legítimo de un oficio o cargo*. El cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo pueden justificar, en ocasiones, el ataque al honor. Piénsese en las censuras que el superior puede dirigir al inferior, en el ejercicio de la profesión de defensor, o en el testimonio prestado en juicio sobre el comportamiento o actuación censurable de una de las partes. Lo cierto es que en todos estos casos faltaría el *animus iniurandi*.

e) *La libertad de expresión e información*. La libertad de expresión e información están garantizadas constitucionalmente (arts. 72 y ss. CH). El Tribunal

Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 15 de febrero de 2005 (*caso Steel y Morris contra Reino Unido*) recordó su asentada doctrina sobre la vital importancia que la libertad de expresión tiene en una sociedad democrática (§87): «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno. En virtud del apartado 2 del artículo 10 [del Convenio Europeo de los Derechos Humanos], no sólo comprende las "informaciones" o "ideas" aceptadas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que molestan, chocan o inquietan: así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay "sociedad democrática"».

La libertad de expresión (juicios de valor) e información (imputación de hechos) da cobertura a ciertas expresiones que, objetivamente, pueden resultar injuriosas, pero que se tornan justificadas por el ejercicio de un legítimo derecho. Ahora bien, no estamos ante una «patente de corso» para injuriar o calumniar⁽⁶⁷⁾. Para que sea aplicable esta causa de justificación, la libertad de expresión e información ha de superar un triple examen: el test de veracidad, el test de relevancia y el test de proporcionalidad (puede verse, entre otras muchas, la STC 54/2004). Sólo si se superan todos ellos, será apreciable la eximente; de lo contrario, si falta alguno, la conducta será antijurídica.

1) La *veracidad* es sólo exigible respecto de la libertad de información, esto es, respecto de la imputación de hechos. Este requisito no va dirigido a exigir una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos lo que solo son simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 40/1992, 232/1992, 240/1992, 15/1993, 178/1993, 320/1994, 76/1995, 6/1996, 28/1996, 3/1997, 144/1998, 134/1999, 192/1999).

El requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en

(67) La SSTC 6/2000, 110/2000 y 204/2001, entre otras, afirman con rotundidad que la Constitución no reconoce en modo alguno un pretendido derecho al insulto. La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquéllas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate.

los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información (SSTC 21/2000, 46/2000, 52/2000 y 158/2003). El alcance de la diligencia exigible a un profesional de la información «no puede precisarse a priori y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (SSTC 240/1992, 28/1996, entre otras muchas). No obstante, debe tenerse en cuenta que el nivel de diligencia exigible «adquirirá su máxima intensidad, cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere» (SSTC 240/1992, 178/1993, 28/1996, 192/1999). De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, 28/1996).

También debe valorarse, a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es exigible, cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo «la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia» o «la transmisión neutra de manifestaciones de otro» (STC 28/1996). Sin descartar además la utilización de otros muchos criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son, entre otros, los que se aluden en la STC 240/1992 y se reiteran en la STC 28/1996: «el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.» (SSTC 21/2000 y 158/2003).

2) La *relevancia pública* de la información, en el sentido de noticiable, se determina a partir de su contenido (SSTC 11/2000, 112/2000). Tendrán relevancia pública tanto las opiniones o informaciones relativas a asuntos públicos de interés general, que contribuyan a la formación de la opinión pública (relevancia en razón de la materia); como las referidas a personajes públicos o con notoriedad pública implicadas en los hechos relatados (relevancia en razón de los sujetos).

En la categoría de «personajes públicos» deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, quienes deben soportar, en su condición de tales, el que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tenga una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos (STC 148/2001). En estos casos, y en tanto lo divulgado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. Por el contrario, fuera de tales supuestos, y cuando lo divulgado venga acompañado de

expresiones formalmente injuriosas o se refiera a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información, es evidente que el personaje público es, a todos los efectos, un particular como cualquiera (STC 192/1999).

En resumidas cuentas, el menoscabo del derecho al honor en aras de preservar el derecho a la información sólo está justificado cuando ésta tiene interés general para la formación de la opinión pública, lo que no sucede cuando se difunde información sobre hechos que afectan a materias estrictamente privadas; en este último caso, aunque la información sea veraz, los hechos podrían ser castigados penalmente.

3) El test de *proporcionalidad* impone que las expresiones utilizadas no sean innecesariamente ofensivas, vejatorias, insultantes. Aunque la información sea veraz y con relevancia pública, si las expresiones utilizadas son gratuitamente ultrajantes o vejatorias (por innecesarias para la información o excesivas para la opinión crítica que se pretende transmitir), no estarán amparadas constitucionalmente⁽⁶⁸⁾.

El derecho a la libertad de expresión e información no ampara el mero insulto; aunque sí tolera expresiones hirientes, molestas o desabridas que, aunque pudieran ser formalmente injuriosas o estar imbuidas de una innecesaria carga despectiva, aparezcan directamente vinculadas con la materia objeto de crítica y del conjunto del texto se desprenda el predominio de otros aspectos.

3. DIFAMACIÓN

El artículo 160 del Código Penal prescribe: «*Se incurre en difamación, y se impondrá al culpable la pena de la calumnia o de la injuria, según proceda, aumentada en tercio, cuando las imputaciones constitutivas de injuria o calumnia se hicieren en forma o por medio de divulgación que puedan concitar en contra del ofendido el odio o el desprecio público*».

Como se ve, la difamación no es más que una forma específica de los delitos

⁽⁶⁸⁾ Nos dice la STC 204/2001 que «no cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, e innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone inferir una lesión injustificada a la dignidad de las personas (fundamento del orden político y de la paz social, como solemnemente proclama el artículo 10.1 CE) o al prestigio de las instituciones. Pues, ciertamente, una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, y otra cosa muy distinta emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante una mera descalificación o incluso un insulto proferidos sin la menor relación con el propósito de contribuir a formar una opinión pública libre (por todas, STC 105/1990, de 6 de junio, fj 8)».

de calumnias o injurias, caracterizada por la producción de un resultado especialmente lesivo para el honor del ofendido.

4. DISPOSICIONES COMUNES

Aparte de la tipificación de los tres delitos antes expuestos, el Código Penal contiene algunas disposiciones que son comunes a todos ellos.

A) Sujeto activo

No solo es autor del delito quien personalmente vierta afirmaciones o juicios de valor constitutivos de calumnias o de injurias. También «quien publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será penado como autor de las injurias o calumnias de que se trate» (artículo 161 del CP).

Además, se establece la obligación, por parte de los dueños, gerentes o directores de medios de publicidad, de exhibir la firma que cubra el escrito original, o la cinta magnetofónica o película que contengan las grabaciones o imágenes, en cuyas publicaciones se hubiere calumniado, injuriado o difamado. De no hacerlo, se convierten en sujetos activos, en responsables del delito de que se trate (artículo 164 del CP).

B) Requisitos de perseguibilidad

Son dos: la exigencia de querrela y la licencia del Juez cuando las calumnias o injurias se hayan vertido en juicio.

a) Exigencia de querrela. Para la persecución de estos delitos se exige querrela de la parte agraviada (artículo 405 del CPP), toda vez que son delitos privados (artículo 27.1 del CPP). A este requisito de procedibilidad hay que añadir otro impuesto por la legislación procesal: la celebración previa de una audiencia de conciliación (artículo 408 del CPP).

No es exigible la querrela cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública o institución del Estado. A estos, se reputarán 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 solo podrá procederse a excitativa del poder ejecutivo (artículo 166 del CP).

b) Injurias o calumnias vertidas en juicio. Su persecución exige un nuevo requisito de procedibilidad: la autorización del juez o tribunal que conozca del

procedimiento en que se hayan podido verter las ofensas (artículo 167 del CP). La falta de tal licencia impedirá la admisión a trámite de la querrela (la autorización es «previa» al ejercicio de la acción mediante querrela), lo que no obsta para que pueda solicitarse la licencia a continuación y, una vez concedida, entablarse nueva querrela.

El proceso tramitado sin esa licencia es nulo y carece de toda validez. Por lo demás, la concesión de tal autorización no prejuzga el resultado del proceso penal.

C) Legitimación en juicio

El legitimado para querrellarse es el ofendido (agraviado, según el artículo 166 del CP; víctima, según el artículo 27 del CPP). Ello no obstante, si el ofendido muriere antes de transcurrir el término señalado para la prescripción de la acción, o el delito se hubiere cometido contra la memoria de una persona difunta, la querrela podrá interponerse por el cónyuge o cualquiera de los ascendientes, descendientes y hermanos del difunto o herederos del mismo (artículo 168 del CP).

Como se ve, el legislador hondureño considera que es susceptible de protección no sólo la fama de las personas vivas sino también («la memoria») de un difunto. Se produce en estos casos una legitimación *ex lege* por sustitución procesal.

D) Extinción de la acción penal

La acción penal se extingue, en los delitos privados, por desistimiento o abandono de la querrela (artículo 42.4 del CPP), pero también por el perdón del ofendido (arts. 169 del CP y 412 del CPP) o por conciliación entre las partes (artículo 163 del CP).

a) Conciliación intraprocesal

Dos son las posibles actuaciones que evitan proseguir la causa penal por injuria, calumnia o difamación (artículo 163 del CP):

1) Si el acusado se retractare públicamente antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo y el ofendido aceptare la retractación.

2) Si tratándose de calumnia o injurias encubiertas o equívocas, el acusado diere explicaciones satisfactorias antes de contestar la querrela o en el momento de hacerlo.

a) *Retractación pública*. La publicidad de la retractación ha de tener, al menos, el mismo ámbito de publicidad que tuvo la ofensa. Para que proceda el sobreseimiento definitivo la causa (artículo 412 del CPP), el ofensor debe aceptar

como suficiente la retractación. El momento procesal preclusivo para la retractación, que el artículo lo ubica antes de contestar a la querrela o en el acto de hacerlo, carece realmente de eficacia puesto que, en cualquier momento que el acusado se retracte y el ofendido acepte la retractación perdonando al ofensor, se extinguirá la acción penal o se extinguirá la posibilidad de ejecutar la pena y sobreseerá también definitivamente el procedimiento (arts. 169 del CP y 412 del CPP).

b) Explicaciones satisfactorias sobre calumnias e injurias encubiertas o equívocas. Las calumnias e injurias encubiertas deben ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 162 del CP, en cuanto estos delitos se pueden cometer por medio de alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones. El origen de este precepto arranca del Código Penal español de 1848, que tenía como finalidad favorecer la transacción en estos delitos.

No se trata de ninguna retractación, sino de aclarar el sentido no ofensivo de lo que, en principio, podría ser considerado como una calumnia o injuria al socaire de expresiones o alusiones encubiertas o de significado equívoco. La explicación tiene que ser satisfactoria para el ofendido (claramente lo establece el artículo 412 del CPP). Éste es el dueño de la acción procesal y él debe ser quien decida si son o no suficientes las explicaciones dadas por el querrellado para dar por zanjada la cuestión y el pleito. Puede exigirse que la explicación se produzca en circunstancias análogas a las que se dieron cuando tuvo lugar la imputación encubierta o equívoca.

b) Perdón del ofendido

La naturaleza eminentemente privada de estos delitos queda subrayada por la operatividad del perdón como causa de extinción de la acción penal, sin exigencia de responsabilidad, e incluso como causa de extinción de la pena ya impuesta. De ahí que el artículo 169 del CP disponga que «el perdón de la parte ofendida extingue los delitos de calumnia, injuria y difamación contra particulares, o la pena en su caso». En la misma línea el 412 del CPP afirma que «la retractación oportuna del ofensor, las explicaciones satisfactorias a juicio del agraviado, el perdón de éste u otra causa legal de extinción de la acción penal, dará lugar al sobreseimiento definitivo de la causa».

El perdón, una vez otorgado, ha de estimarse irrevocable (salvo que hubieran concurrido vicios en el consentimiento).

E) Publicación de la sentencia

En aquellos casos en que la calumnia, injuria o difamación se hubiera hecho pública a través de un medio de comunicación, el tribunal sentenciador puede

ordenar, a instancia del ofendido, que se publique en dicho medio la retractación, la explicación satisfactoria o la sentencia condenatoria (artículo 165 del CP).

Si la orden se incumple, después de un segundo requerimiento, el Código 165 prevé la imposición de multas coercitivas multa de quince mil (L. 15,000.00) a treinta mil (L. 30,000.00) lempiras, sin perjuicio de la publicación respectiva.

Capítulo V. Derecho penal de familia

Dentro del Título IV, del Libro II del Código penal hondureño, que lleva por rúbrica «Delitos contra el estado civil y el orden de la familia», se pueden diferenciar claramente dos tipos de delitos distintos que, prácticamente, no tienen relación entre sí.

En los delitos contra el estado civil se protege este bien jurídico desde la perspectiva de las relaciones familiares, esto es, el estado civil *familiar* de las personas, es decir, el hecho de la pertenencia de una determinada persona a una familia. Tal pertenencia deriva de la filiación o del matrimonio.

Por el contrario, en los delitos contra el orden de la familia, el bien jurídico protegido es la institución de la familia, castigando las infracciones más graves de los deberes familiares. Hay que insistir en que sólo se tipifican las infracciones más graves, ya que, en general, los deberes familiares se integran en el campo jurídico-privado, ajenos al Derecho penal.

I. DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

Son tres los delitos tipificados para proteger el estado civil de las personas: 1) suposición de parto y sustitución de un niño por otro; 2) usurpación del estado civil; y 3) celebración de matrimonios ilegales.

1. ALTERACIÓN DEL ESTADO CIVIL

El artículo 170 del Código Penal incrimina la alteración del estado civil de la persona, que consiste en privar a una persona del que le corresponde. Ello se produce atribuyéndole un estado civil diferente del suyo (mediante la suposición de parto o sustitución de una persona por otra), o bien no asignándole estado civil alguno (mediante la ocultación del hijo).

A) Suposición de parto

Consiste en simular haber dado a luz un niño vivo. El único sentido de esta

conducta falsaria es crear las condiciones para hacer creíble una falsa maternidad y alterar ulteriormente la filiación del menor.

Solo la mujer que finge el parto es autor en sentido estricto. Quien proporciona al niño responderá como cooperador necesario de este delito. Sujeto pasivo lo es el niño al que se hace aparecer como hijo de una mujer que no es su madre, alterando así su estado civil.

La consumación se produce con la simulación del parto, sin que sea necesaria la inscripción del niño en el Registro Nacional de las Personas. Si esto último se produce, estaríamos ante un concurso de delitos (inscripción falsaria del artículo 170.2 del CP). La simulación de embarazo es un acto preparatorio impune.

B) Sustitución de un niño por otro

La conducta ilícita consiste aquí en intercambiar dos niños. Es posible que uno de ellos esté muerto o tenga alguna grave anomalía física o psíquica; en todo caso, la operación es doble: trueque de dos niños y dos alteraciones del estado civil, pero el delito es uno.

Sujeto activo puede ser cualquiera. Sujeto pasivo son los niños cuya filiación se altera. Los padres pueden ser sujetos pasivos si no intervienen ni tienen conocimiento del hecho, o sujetos activos si actúan con conocimiento y voluntad de la sustitución. No está prevista la comisión culposa de este delito, de manera que el error negligente del facultativo, de la enfermera o de la matrona, cambiando un niño por otro en el hospital o centro médico de maternidad no será punible; pero si su intervención ha sido dolosa, serán castigados además con la pena de inhabilitación especial (artículo 38, 49 y 63).

C) Ocultación o exposición de hijo

La acción consiste en ocultar o abandonar un hijo (exposición equivale a abandono). La ocultación de un hijo con la finalidad de alterar su estado civil puede venir combinado con una suposición de parto, aunque no es necesario. Sujeto activo será alguno de los padres. Sujeto pasivo puede ser tanto un niño como un adulto incapaz (p. ej. un enfermo mental).

Es un requisito del tipo que la ocultación o el abandono persigan que el hijo pierda su estado civil. Este elemento subjetivo del injusto excluye la comisión imprudente y sirve para distinguir este delito del abandono de niños y personas desvalidas del artículo 139 del Código Penal.

La STS 1509/1992, de 24 de junio, dice a propósito de este delito:

[...] la ocultación y la exposición son conductas que, en esencia, constituyen el medio utilizado para desvincular al hijo de su propia familia natural -de sus padres, en concreto-, haciéndole desaparecer del entorno social en que dicha relación familiar debiera mostrarse, o abandonándole. En todo caso, estas conductas persiguen un objetivo: hacer perder al niño su estado civil. Este propósito específico constituye el elemento subjetivo del injusto de este delito, que, consiguientemente, excluye la posibilidad de su comisión culposa.

2. USURPACIÓN DEL ESTADO CIVIL

La usurpación de estado civil se castiga en el mismo artículo 170, y con la misma pena de tres (3) a seis (6) años de reclusión. La acción consiste en simular una filiación distinta de la propia y que corresponde a otra persona real, siendo indiferente que haya o no fallecido (STS de 23 de mayo de 1986); aunque en esta última hipótesis se discute la posibilidad de que pueda existir el delito de «usurpación del estado civil» (vid. SSTs de 5 de mayo de 1887 y 26 de marzo de 1991), ya que una persona muerta no posee estado civil alguno y, por consiguiente, no es posible su usurpación. No comete el delito quien se limita a una ficción esporádica, haciéndose pasar por otro en un momento determinado; «es claro—indica la STS de 23 de mayo de 1986— que no basta una suplantación momentánea y parcial, sino que es preciso continuidad y persistencia, y asunción de la total personalidad ajena con ejercicio de sus derechos y acciones dentro de su *status* familiar y social»⁽⁶⁹⁾.

Es un delito de simple actividad; no exige necesariamente de un resultado dañoso (STS de 6 de diciembre de 1985).

La doctrina jurisprudencial restringe el tipo exigiendo un elemento subjetivo que no aparece en el Código: la intención de ejercitar los derechos y acciones de la

⁽⁶⁹⁾ La STS de 4 de abril de 1960 entendió que no hubo usurpación del estado civil de un hermano cuando asumió e invocó el nombre de éste tan sólo para la obtención de un pasaporte, y ello porque no se trató de privación total de la personalidad de otro ni de sustitución del mismo en todos sus derechos. La STS de 23 de mayo de 1986 (RJ 1986\2873) rechazó la existencia del delito respecto de quien se personó en la Comisaría de Policía de Málaga fingiendo ser su hermana -que había sido citada de comparecencia en dicho centro para declarar en un atestado que se instruía por robo- y firmó como su hermana el acta de información de derechos y prestó declaración; el Alto Tribunal consideró que, al tratarse de un acto esporádico y aislado, no supuso de ninguna manera la asunción de la íntegra personalidad de su hermana, suplantándola y ejercitando los derechos y acciones que a ella correspondían. Y la STS de 6 de diciembre de 1985 hizo lo propio, negando la existencia de usurpación del estado civil, porque la acusada se limitó a ocultar su identidad, haciéndose pasar por otra persona al objeto de, singularizadamente y por una sola vez, obtener los beneficios de una asistencia médica y sanitaria que no le pertenecían, pero sin suponer ello una sustitución omnicompreensiva de los derechos de otra persona, ni una prolongación en el tiempo.

persona suplantada (SSTS de 26 de marzo de 1991, 20 de enero de 1993). La STS de 26 marzo 1991 (RJ 1991\2378) señala:

[...] este delito está constituido por la ficción del agente de ser una persona ajena con ánimo de usar de sus derechos; y que, por ello, no es bastante para la existencia de tal delito arrogarse una personalidad ajena asumiendo el nombre de otro, ya que, como ha declarado la jurisprudencia, es condición precisa que la sustitución de persona se lleve a cabo para usar de sus derechos y acciones. En este sentido, dice esta última sentencia que «... el verbo usurpar en su acepción gramatical significa el quitar a uno lo suyo y en su más amplia, arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, esto es fingir su personalidad para usar de los derechos que le pertenecen».

En mismo sentido, dice la sentencia de 23 de mayo de 1986 que, del denominado delito de usurpación de estado civil, se han dado doctrinalmente muchas definiciones, «la más antigua de ellas entiende que usurpar el estado civil de una persona es fingirse ella misma para usar de sus derechos, es suplantar su filiación, su paternidad, sus derechos conyugales, es la falsedad, aplicada a la persona y con el ánimo de sustituirse por otra real y verdadera»; añadiendo que «no es bastante, para la existencia del delito, con arrogarse una personalidad ajena, asumiendo el nombre de otro para un acto concreto; es condición precisa que, la suplantación se lleve a cabo para usar de los derechos y acciones de la personalidad sustituida». Constituye, pues, exigencia de este delito un elemento subjetivo del injusto -que no aparece en el tipo legal-: el propósito de ejercitar derechos y acciones de la persona suplantada (vid. sentencias de 21 de diciembre de 1893 y de 16 de abril de 1901).

Plantea la figura penal aquí examinada el problema de marcar las líneas o rasgos distintivos de la misma frente a la de «uso público de nombre supuesto» (artículo 294 del Código Penal), con la que tiene muchos puntos de contacto. Respecto de esta última, ha dicho la STS de 15 de diciembre de 1982, que el autor «se limita a enmascarar o disfrazar su propia identidad pero sin suplantar o atribuirse otra ajena, ni subrogarse o intentarlo, en la posición jurídico-familiar de otra persona» (véase la STS de 26 de marzo de 1991). Insiste en ello la STS de 23 de mayo de 1986, al señalar que la usurpación del estado civil se diferencia del uso de nombre supuesto, «por la existencia real y efectiva de la persona y por la persistencia en la ficción con el consecutivo ejercicio efectivo de las facultades inherentes a la ajena personalidad».

Lo expuesto nos lleva a hacer una precisión sobre el bien jurídico protegido. Aunque, como expusimos en su momento, tradicionalmente se ha considerado que el bien jurídico protegido en este delito —y en los demás incluidos bajo la rúbrica de delitos contra el estado civil— es precisamente el estado civil familiar, si examinamos atentamente la conducta típica que se materializa cuando alguien adopta un estado civil que no le corresponde, y bajo esta apariencia se presenta y relaciona con los

demás, es fácil intuir que el objeto tutelado es la seguridad del tráfico jurídico, como en el resto de las falsedades.

Por último, el artículo 170.2 del CP castiga las acciones falsarias sobre el nacimiento, defunción o cualquier otro hecho que altere el estado civil de una persona, respecto de quienes las hagan acceder al Registro Nacional de las Personas y de quienes se aprovechen, a sabiendas, de la inscripción falsa.

3. CELEBRACIÓN DE MATRIMONIOS ILEGALES

La celebración de matrimonios ilegales (arts. 171 a 17) incluye cuatro tipos penales: la bigamia, la simulación de matrimonio, el matrimonio con impedimento dirimente no dispensable y la autorización de matrimonios ilegales.

A) Bigamia

El artículo 171 castiga la bigamia en los siguientes términos:

La persona que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior, será castigada con la pena de dos a cinco años de reclusión. Igual pena se impondrá a quien siendo soltero contrajere matrimonio a sabiendas, con persona casada.

Lo que aquí se tutela es el sistema matrimonial monogámico. Si la protección fuera de los derechos de los cónyuges (de los que componen el matrimonio subsistente y/o de los que se celebra en segundo lugar), el consentimiento de éstos convertiría en atípica la conducta y, sin embargo, no es así. Para la tutela de una determinada —aunque mayoritaria— concepción social del matrimonio, deberían bastar las sanciones civiles y administrativas. El Derecho Penal sólo debería intervenir en estos supuestos cuando se produjese una conducta falsaria, dirigida a engañar a alguna persona, de suerte que la conducta sería atípica si el contrayente del segundo o ulterior matrimonio en quien no concurra el impedimento es conocedor de la situación.

Presupuesto de este delito es la existencia de un matrimonio anterior no disuelto legalmente (por alguna de las causas expuestas en el artículo 140 del CC: muerte o presunción de muerte de uno de los cónyuges, nulidad del matrimonio y divorcio). Sujeto activo es quien, estando aún casado, contrae nuevo matrimonio y quien, estando soltero, contrae matrimonio con quien aún está casado. No cabe comisión culposa, luego ha de ser plenamente consciente de que el anterior matrimonio no está disuelto.

El delito se consuma con la realización de las formalidades del segundo matrimonio, incluida la mutua aceptación de los contrayentes. No bastará con asumir las obligaciones o compromisos de la institución matrimonial, aun cuando esté acompañado de una puesta en escena más o menos aparente, sino que será precisa la exteriorización de esa voluntad mediante la celebración del matrimonio en alguna de la forma admitida por la ley (la única forma de matrimonio reconocida legalmente en Honduras es la civil: arts. 95 y ss. del CC).

En orden al concurso con la falsedad documental, la jurisprudencia lo niega (STS de 10 de octubre de 1961). Pesan aquí consideraciones político criminales, toda vez que la admisión del concurso llevaría aparejada la imposición de una pena excesivamente grave.

B) Simulación de matrimonio

El artículo 172.1 del Código Penal castiga con reclusión de uno a cuatro años a quien, engañando a una persona, simulare matrimonio con ella.

Supone la realización de un simulacro de matrimonio por parte del sujeto activo en el que interviene engañada la víctima. El delito puede ser calificado de «estafa matrimonial». El engaño va dirigido a hacer creer al sujeto pasivo que efectivamente ha contraído matrimonio con el sujeto activo del delito.

El tipo no exige expresamente un propósito de perjudicar al sujeto pasivo, pero ello va ínsito en el engaño al otro contrayente, de suerte que el precepto debe interpretarse restrictivamente: si está ausente el propósito de perjudicar y siempre que la causa de su invalidez no sea un vínculo matrimonial previo (bigamia) o un impedimento no dispensable, la celebración de un matrimonio inválido ha de tomarse como atípica.

El «otro» contrayente es el sujeto pasivo y víctima del delito, en cuanto se frustra su expectativa legítima de asumir las obligaciones y derechos del matrimonio que celebra con el autor.

C) Matrimonio con impedimento dirimente no dispensable

El artículo 172 castiga con reclusión de uno a cuatro años a «quien contrajere matrimonio a sabiendas de que tiene impedimento dirimente no dispensable». El concepto de impedimento no dispensable hay que buscarlo en la ley que rige el acto (arts. 97 y ss. del CC), teniendo especialmente en cuenta lo dispuesto en el artículo 100 del CC sobre los impedimentos dispensables.

Sujeto activo son los contrayentes, siempre que actúen con conocimiento de que concurre en ellos un impedimento y que éste no es dispensable (el dolo abarca ambos aspectos). Si se trata de un impedimento personalísimo, como la edad, el contrayente en quien no concorra responderá como cooperador necesario si tenía conocimiento del mismo; si el impedimento es recíproco, como la consanguinidad, ambos serán coautores.

D) Autorización de matrimonios ilegales

Dispone el artículo 173 que serán sancionados con multas de cincuenta mil (L. 50,000.00) a cien mil (L. 100,000.00) lempiras e inhabilitación especial de cuatro (4) a seis (6) años, «*los funcionarios que autoricen matrimonios prohibidos por la ley, a sabiendas, o sin la concurrencia de alguno de los requisitos de existencia o de validez del mismo*».

Sujeto activo del delito sólo pueden serlo los funcionarios habilitados legalmente para autorizar matrimonios (alcaldes municipales: arts. 113 y ss. del CC)⁽⁷⁰⁾. La acción consiste en autorizar un matrimonio «prohibido por la ley» o «faltando algún requisito de existencia o validez». El autor tiene que ser conocedor de la existencia del impedimento o de la prohibición legal. Si, de lo que se trata es de la concurrencia de algún impedimento, éste debe haber sido denunciado en el expediente matrimonial, conforme a lo previsto por los artículos 121 y siguientes del CC; de lo contrario, no podrá establecerse que el autorizante del matrimonio conocía tal circunstancia, salvo que el conocimiento le hubiera llegado por otras vías.

El artículo 175 aplica la misma multa prevista en el artículo 173, «*a los ministros de cualquier culto que autoricen el matrimonio religioso sin que proceda la celebración del matrimonio civil*»⁽⁷¹⁾. Este precepto hay que ponerlo en relación con el artículo 96 del Código Civil, en cuanto prevé que «el ministro de cualquier culto

(70) Los alcaldes y regidores municipales se reputan funcionarios públicos para todos los efectos del Código Penal (artículo 393).

(71) Los ministros de cualquier culto (sacerdotes, rabinos, etc.) no encajan como sujetos activos en el tipo del artículo 173 del CP, pues no pueden ser reputados «funcionarios públicos o empleados públicos», por más que el artículo 393 del CP extienda tal concepto, a efectos penales, «a toda persona natural que, por disposición de la ley o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas o desempeñe un cargo o empleo público». Los ministros del culto religioso no participan en el ejercicio de funciones públicas, sino pastorales en relación con los creyentes y fieles del correspondiente credo, ni desempeñan cargo o empleo público (el artículo 77 de la CH prohíbe expresamente a los ministros de las diversas religiones ejercer cargos públicos).

que autorice un matrimonio religioso sin que se le presente la certificación de haberse celebrado el civil, incurrirá en responsabilidad penal»⁽⁷²⁾.

E) Responsabilidad civil

Además de las normas generales de los artículos 105 y siguientes sobre la responsabilidad civil de quien incurra en responsabilidad penal, el artículo 174 contiene una disposición específica para el caso de que uno los contrayentes, sea cual fuere (hombre o mujer), actúe de buena fe. Dice así: «*En todos los casos de este capítulo el contrayente doloso será condenado a indemnizar, según su posibilidad, al otro contrayente, si éste hubiere contraído matrimonio de buena fe*».

II. DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LA FAMILIA

En este apartado son tres las figuras delictivas destinadas a proteger el bien jurídico que nos ocupa: El incesto (artículo 176), la negación de la asistencia familiar (arts. 177 a 179) y la violencia intrafamiliar (arts. 179-A a 179-C)

1. INCESTO

Es incesto el acceso carnal entre ascendiente y descendientes o entre hermanos (artículo 176 del CP) y será sancionado con reclusión de tres (3) a seis (6) años. No hay límite de edad, ni se exige prevalimiento (en cuyo caso estaríamos ante un estupro del artículo 142) ni tiene eficacia alguna el consentimiento de ambos partícipes en la relación sexual.

El legislador hondureño castiga las relaciones incestuosas, con independencia de que se practiquen entre personas adultas y con pleno consentimiento (lo cual es discutible como política criminal *de lege ferenda*); limitadas, eso sí, al acceso carnal entre ascendientes y descendientes o entre hermanos, sin distinción alguna sobre la naturaleza de la filiación o sobre la cualidad

(72) Considero de discutible constitucionalidad la penalización de esta conducta. Si el Estado no da validez ni reconoce otro matrimonio que el civil, celebrado conforme al CC (artículo 95 del CC), no debería interferir en el derecho íntimo de las personas a contraer matrimonio exclusivamente religioso (o con anterioridad al matrimonio civil), conforme a sus propias creencias, con independencia de que no tenga efectos civiles. De negar efectos civiles al matrimonio religioso, a penalizar la autorización de un matrimonio religioso sin que previamente se haya celebrado uno civil, hay un gran trecho en el que el Estado cercena en buena medida el libre ejercicio de todas las religiones y cultos, garantizado por el artículo 77 de la CH.

de hermanos de un solo vínculo o de doble vínculo. Todos ellos estarán incluidos como eventuales sujetos activos del tipo (hermanos solo de madre, hermanos adoptivos, padre e hija adoptiva, etc.). Sujetos activos son, por tanto, ambos participantes en el acceso carnal.

Si el incesto se comete con un descendiente o hermano menor de dieciocho (18), será penado con cuatro (4) a siete (7) años de reclusión. En tal caso, los menores no incurrirán en pena alguna, pero quedarán sometidos a las medidas tutelares que las leyes especiales determinen; lo mismo sucederá si el acceso carnal se produce entre menores de 18 años (hermanos).

Es éste un delito privado, ya que el artículo 176.III exige, para proceder por delito de incesto, querrela de la parte ofendida o de su representante legal si es absoluta o relativamente incapaz. Si tenemos presente que se castigan como incesto también los accesos carnales entre mayores de edad y con pleno consentimiento, siendo entonces ambos sujetos activos del delito, no se comprende quién puede en tales casos interponer querrela como parte ofendida; ello nos lleva a pensar que, de facto, tales conductas no serán punibles.

Excepcionalmente (por la remisión expresa que el artículo 176.III, último inciso, hace a lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del párrafo segundo del artículo 152), en el delito de incesto, el juez podrá actuar de oficio o a instancia de la Fiscalía General de la República, del respectivo Alcalde Municipal o de cualquier persona del pueblo cuando:

- 1) La víctima sea menor de catorce (14) años;
- 2) Se trate de un menor sin madre, padre o guardador;
- 3) El delito es acompañado de otra infracción perseguible de oficio o haya sido cometido por los padres, tutores o curadores;

2. NEGACIÓN DE LA ASISTENCIA FAMILIAR

Dos comportamientos se tipifican como negación de la asistencia familiar: incumplir la prestación alimentaria sin justa causa y colocarse en situación de insolvencia para eludir la prestación alimentaria. Estamos, en cualquier caso, ante delitos de acción pública (artículo 179-C del CP).

A) Incumplimiento de la prestación asistencial sin justa causa

El artículo 177 sanciona a «quien estando obligado legalmente, o en virtud de sentencia firme, después de haber sido requerido fehacientemente, dejare sin justa causa de proveer a la subsistencia del cónyuge, de los hijos menores de veintiún

años o del pupilo bajo su guarda, será sancionado con reclusión de uno a tres años. En la misma pena incurrirá quien en iguales circunstancias, dejare de proporcionar los recursos necesarios a sus ascendientes o descendientes que se encuentren inválidos, enfermos o por cualquier causa incapacitados para el trabajo».

El presupuesto de este delito está constituido por la presencia de alguno de los deberes asistenciales inherentes a las instituciones del matrimonio, la patria potestad, la guarda o la familia incapacitada para el trabajo. Se construye técnicamente como una norma penal en blanco por la indeterminación de conceptos tales como el de «proveer a la subsistencia» o «proporcionar los recursos necesarios». Así, la acción típica sólo puede obtenerse por remisión al régimen normativo que define el marco de deberes asistenciales de los cónyuges entre sí, o de éstos respecto de los hijos, etc. (p. ej., los arts. 174, 175 del CC).

Sujeto activo es el titular de los deberes de asistencia. El tipo exige un previo requerimiento fehaciente y que el abandono del deber de asistencia no responda a justa causa. Es, por tanto, necesario, para que la conducta sea punible, que el sujeto activo pueda cumplir sus obligaciones. La situación de insolvencia (no buscada de propósito para eludir sus obligaciones alimentarias) o la imposibilidad para hacer frente a sus deberes asistenciales, excluye la culpabilidad (artículo 25.2 del CP: no es exigible responsabilidad penal a quien incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable).

B) Insolvencia para eludir la prestación alimentaria

Como complemento de la protección asistencial a la familia, el artículo 178 también castiga con reclusión de dos (2) a cinco (5) años, a *«quien para eludir el cumplimiento de la obligación alimentaria se coloca en situación de insolvencia, traspasa sus bienes a terceras personas, simula obligaciones o emplea cualquier otro medio fraudulento»*.

La justa causa que exime de responsabilidad y de exigibilidad de la prestación alimentaria tiene que ser real. Si es simulada mediante cualquier ardid, aparte de que el sujeto activo tendrá que cumplir sus obligaciones alimentarias (artículo 179 del CP), incurrirá en la comisión de este delito.

3. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

La protección básica en esta materia se realiza a través de la Ley contra la violencia doméstica (LVD), aprobada por Decreto núm. 132-97, y los artículos 179-A y 179-B del Código Penal. Los delitos sobre violencia intrafamiliar son de acción

pública (arts. 179-C del CP) al igual que las mecanismos de protección establecidos para tutelar a quienes sufran violencia doméstica (artículo 3 de la LVD).

A) Bien jurídico protegido

Se trata de un delito pluriofensivo, que no exige para su consumación la causación de resultados lesivos, y con el que se quiere proteger sobre todo, además de la integridad física y la propiedad, la dignidad de la persona en el seno de la familia, la normal convivencia, y la paz y el orden familiar, para permitir las condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros de aquélla. Con su tipificación, el legislador hondureño, al igual que el de otros países, como el español, intenta dar respuesta al grave y creciente fenómeno de los malos tratos producidos en el seno de la unidad familiar, incluyendo además los casos en los que no existe convivencia entre el sujeto activo y los sujetos pasivos.

Los sujetos activo y pasivo de estos delitos pueden serlo tanto el varón como la mujer (incluso el artículo 8 de la LVD reconoce, como no podía ser menos, que el sujeto activo de la violencia doméstica puede ser la mujer).

En concreto, el artículo 179-A prescribe:

Quien emplee fuerza, intimidación o haga objeto de persecución a su cónyuge o ex-cónyuge, a la persona con quien conviva o haya mantenido una relación concubinaría o a aquella quien haya procreado un hijo, con la finalidad de causarle daño físico o emocional o para dañar sus bienes, será sancionado con reclusión de uno (1) a tres (3) años, sin perjuicio de la pena que corresponda a las lesiones o daños a los hijos comunes o sobre los hijos de las personas mencionadas que se hallen sujetos a patria potestad, o sobre el menor o incapaz sometido a tutela o curatela o sobre los ascendientes.

La acción típica se describe como emplear fuerza, intimidación o hacer objeto de persecución. Incluye, por supuesto, agresiones físicas y comportamientos amenazantes, pero también la violencia o intimidación psíquica (el precepto se refiere también a la finalidad de causar daño emocional), que en ocasiones puede ser incluso más grave que la física (desprecios denigrantes, amenazas, burlas reiteradas, etc.), aunque ofrece más dificultades probatorias. Incluso los móviles del comportamiento violento pueden ser dañar los bienes de la víctima, por lo que hay que incluir la fuerza en las cosas, es decir los daños en los bienes de aquélla causados en el clima violento o de persecución al que parece referirse el tipo.

El artículo 179-B agrava la pena de dos a cuatro años, cambiando además el sujeto pasivo con respecto al anterior tipo, por cuanto los malos tratos de obra han de afectar al cónyuge, ex-cónyuge, concubina, ex-concubina o a la persona con quien haya procreado un hijo (no por tanto a los hijos, tutelados o ascendientes como en el tipo básico), siempre que concurren una serie de circunstancias que suponen un especial desvalor de la acción:

- a) *Penetrar en la morada de la persona o en el lugar en que esté albergada o depositada para consumar el hecho.*
- b) *Le infiera grave daño corporal.*
- c) *Realice la acción con arma mortífera aunque no haya actuado con la intención de matar o mutilar.*
- d) *Actúe en presencia de menores de edad.*
- e) *Induce, incita u obliga a la persona a consumir drogas, estupefacientes u otras sustancias sicotrópicas o embriagantes.*
- f) *Hace también objeto de malos tratos a un menor de edad; y,*
- g) *Utilice como pretexto para restringir su libertad que la víctima padece de enfermedad o defecto mental.*

En estos subtipos agravados se prevé la no absorción de «los otros delitos» en los que incurra el autor, que deberán castigarse separadamente (lo que lleva a considerar, en una interpretación estricta *pro reo*, que sí absorberá los ilícitos penales constitutivos de faltas).

No se exige en ninguno de los dos apartados la habitualidad en la conducta, pero para aplicar este delito (además de los correspondientes tipos de lesiones, amenazas o daños), lo más apropiado sería tener en cuenta, más que la comisión de puntuales actos típicos, la existencia de ese clima mantenido de violencia dentro del núcleo familiar.

Son delitos eminentemente dolosos; incluso en el caso del artículo 179-A se incluye un elemento subjetivo del injusto: «con la finalidad de causarle daño físico o emocional o para dañar sus bienes». Además, no admiten las formas imperfectas, al tratarse de delitos de mera actividad.

Lección 3: Tratamiento jurídico penal del narcotráfico. Referencia complementaria a la medicina legal, psiquiatría, sociología y criminología. Delitos contra la libertad y la seguridad.

Capítulo I. **Tratamiento jurídico penal del narcotráfico**

I. CONSIDERACIONES JURÍDICO PENALES. REFERENCIA A LA MEDICINA LEGAL, PSIQUIATRÍA, SOCIOLOGÍA Y CRIMINOLOGÍA

1. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

El delito es un fenómeno social, y su análisis debe hacerse como parte del análisis de las estructuras sociales; sin embargo, continúa existiendo una visión generalizada del delito como un acto aislado, y no como lo que realmente es: un fenómeno sociopolítico en proceso de rápida expansión, estrechamente relacionado con la estructura global de la sociedad. Por tanto, la primera reflexión que cabe hacer —señala el magistrado Conde-Pumpido Tourón— es que el sistema penal será incapaz de hacer frente al delito, mientras esta lucha no se enfoque partiendo de una concepción de la criminalidad como fenómeno político-social; y que ello exige una nueva política criminal, íntimamente dependiente de la política social. Desde esta perspectiva de fenómeno social es como ha de contemplarse globalmente la delincuencia asociada al consumo de drogas tóxicas o estupefacientes, en cuya etiología y extensión tiene gran incidencia la actitud social ante la droga.

El Fiscal español Jiménez Villarejo («Droga y criminalidad», en *La problemática de la droga en España*, ed. conjunta de los Institutos universitarios de criminología de las Universidades de Santiago de Compostela y Complutense de Madrid) destaca que si el fenómeno de la droga inspira un profundo rechazo social y exige una respuesta, no es, o no debe ser, prioritariamente porque su consumo sea un factor de delincuencia y desorganización social, sino, ante todo, porque su tráfico es una actividad de gravísima y constitutiva criminalidad, ya que, mediante ella, se esclaviza y degrada, sin otro móvil que el lucro, a sectores cada vez más extensos de la población.

Siguiendo al fiscal español Jiménez Villarejo, pueden distinguirse tres manifestaciones de criminalidad inducidas por la toxicomanía:

1. *Delincuencia funcional*. Viene determinada por la necesidad de continuar consumiendo la droga de la que se depende, ya que las drogodependencias se caracterizan por una especial relación entre el sujeto y la droga, en cuya virtud aquél orienta su actividad, básica y prioritariamente, a la búsqueda del producto. La dependencia admite diversos grados, en los que la carencia de droga se hace más o menos intolerable, bien por el afán de repetición de una sensación de bienestar (dependencia psíquica), bien porque es necesaria al organismo para mantener el equilibrio de un estado físico ya perturbado (dependencia tanto psíquica como física).

Esta última es la generadora, en sentido propio, del llamado síndrome de abstinencia. En función del mismo, el sujeto es capaz de cualquier tipo de actividad (atraco, prostitución o actividades de tráfico en pequeña escala, entre otras), para proporcionarse directamente el producto deseado o el dinero para conseguirlo. Pero también, la dependencia psíquica puede alcanzar tal grado de intensidad que origine una auténtica necesidad psicopatológica (no fisiopatológica) que impulse a las mismas actividades.

En efecto, hay que tener en cuenta que, cuando el producto es ilegal se produce una desmesurada inflación del precio y de modo gradual el drogodependiente se ve inducido a la realización de actos delictivos para procurarse los medios con los que sufragar su adicción, lo que se refuerza intensamente en aquellas drogas que generan dependencia física ante el acentuado temor a sufrir las graves consecuencias del síndrome de abstinencia.

2. *Delincuencia por desinhibición y estimulación*. Se trata de la delincuencia derivada directamente de los efectos desinhibidores o estimuladores del consumo de la droga; es decir, los delitos cometidos bajo los efectos de las drogas, que podríamos denominar delincuencia directa o inducida directamente por la intoxicación aguda o crónica, o simplemente por la modificación conductual derivada del consumo de determinados productos, tanto legales (alcohol) como ilegales (drogas tóxicas, estupefacientes).

La droga consumida —según el tipo de que se trate— puede actuar como factor criminógeno respecto a determinados delitos, al romper los frenos inhibitorios y, en ocasiones, ser elemento estimulante para comportamientos violentos o creadores de riesgo, como ocurre en materia de circulación.

3. *Delincuencia por marginación.* La marginación social del toxicómano — unas veces «causa» y otras «consecuencia» del consumo de drogas— no se manifiesta con la misma intensidad en todos los individuos, dependiendo fundamentalmente del grado de dependencia y del tipo de droga. Pero, en toda situación de marginación ha de reconocerse, al menos, un germen de conducta delictiva.

La delincuencia derivada de la situación de marginalidad es la que podríamos denominar delincuencia asociada. Viene motivada tanto por la desagregación social, que se produce ante las cada vez mayores dificultades para conseguir el producto cuyo consumo se anhela, como por la necesidad de asociarse al mundo de la delincuencia, único que puede proporcionárselo, lo que acerca a un consumidor inicialmente desconocedor absoluto de los ambientes delictivos, al ámbito de la marginalidad en el que se mueven sus proveedores y, en muchos casos, quienes se encuentran en la misma situación que él. Junto al factor económico, derivado en determinadas drogas de la disminución de la actitud para desarrollar una tarea productiva, la mayor incidencia en esta marginalidad se provoca indudablemente por el rechazo social y la conciencia de ser un ciudadano situado fuera de la legalidad.

2. ASPECTOS SOCIOLÓGICOS

El tráfico y el consumo de drogas adquiere proporciones alarmantes. Las cifras de procedimientos abiertos, personas detenidas, cantidades incautadas, son verdaderamente preocupantes; pero, además, como los propios autores de las estadísticas reconocen, esas cifras no tienen un especial significado sobre la evolución real del tráfico de drogas, que se desenvuelve en magnitudes difícilmente precisables.

Frente a esta situación de crecimiento del tráfico de drogas y los inconvenientes a la hora de aplicar los resortes legales previstos para la represión de dicho tráfico, los países miembros de las más importantes organizaciones internacionales aconsejan llevar a cabo una armonización en las legislaciones.

Los expertos advierten también del sombrío futuro que nos aguarda por la creciente difusión de la cocaína, las nuevas modalidades de droga, como el «crack», y otras sintéticas, y la fácil difusión de la enfermedad del SIDA entre los toxicómanos, sin olvidar las ramificaciones que ostenta en el terrorismo internacional el fenómeno de la drogadicción y en la propia estabilidad de las democracias menos consolidadas.

Hemos también de dejar constancia de los detractores de la persecución

penal como medio de acabar con el narcotráfico⁽⁷³⁾. Ante el empleo de la ley penal en el ámbito de las drogas, se enfrentan los que consideran que no sólo resulta ineficaz, sino que genera nuevos tipos de delincuencia, defendiendo una liberalización controlada, que, según entienden, acabaría con los traficantes al caer vertiginosamente los precios, y haría disminuir la denominada delincuencia funcional⁽⁷⁴⁾, pero aumentaría el número de adictos, siendo, por otra parte, medida imposible de realizar en un solo país⁽⁷⁵⁾. Con todo, es importante retener que la

-
- (73) DE LA CUESTA ARZAMENDI, en su trabajo «Drogas y política criminal en el Derecho Penal Europeo», critica duramente la insistencia en el empleo del Derecho Penal como medio preferente en la «guerra contra las drogas». Considera, en cuanto al tráfico, que los éxitos de los esfuerzos controladores y de persecución son más bien anecdóticos y no logran reducir decisivamente la altísima cifra negra de la actividad criminal (en torno al 90% según las previsiones menos pesimistas). Frente a ello, sostiene el citado autor que «la obsesión por la eficacia represiva, cayendo en la lógica, tan peligrosa, de los subsistemas autorreferenciales y cerrados, ha llevado al reforzamiento de los sistemas policiales mediante la articulación de importantes mecanismos de cooperación internacional y la autorización del empleo de medios penales y procesales extraordinarios, lesivos de los principios básicos generalmente reconocidos como límite de toda la política penal y en progresiva expansión. Unas excepciones que, teóricamente exigidas para la lucha contra el "gran tráfico" -rara vez objeto de persecución penal efectiva, aparecen finalmente aplicadas sobre los pequeños y medianos traficantes, y, en particular, sobre los consumidores-traficantes. Estos son, en realidad, los verdaderos objetos permanentes de la atención policial (y de los medios de comunicación) por su incidencia en la "inseguridad por la calle" —auténtico bien jurídico protegido (más que la salud pública) a través de la intervención penal diaria— y que, tras ocupar a los Tribunales en el estudio de asuntos de pequeña importancia, acaban llenando las instituciones penitenciarias de los diferentes países interfiriendo gravemente en el desarrollo de una adecuada política penitenciaria».
- (74) Advierte CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en «La delincuencia funcional: el tratamiento penal del drogodependiente que delinque», que «la necesidad de obtener las ingentes cantidades de dinero necesarias para mantener su adicción respecto de un producto cuyo precio sería despreciable si se adquiriese en farmacia, se encuentra en el origen de la delincuencia funcional, cuyas víctimas son el conjunto de los ciudadanos no consumidores, que se convierten en contribuyentes no voluntarios del gran tráfico. En realidad, a través de la delincuencia funcional, los drogodependientes se integran en una gigantesca red internacional que canaliza el producto de la mayor parte de los delitos contra la propiedad hacia los centros de decisión del gran tráfico, a través del mecanismo de convertir a los drogodependientes en recaudadores, al resto de los ciudadanos en víctimas, y a la heroína —que gracias a la prohibición está monopolizada por la delincuencia organizada— en instrumento de trueque a un precio desmesuradamente sobrevalorado, gracias a la imposibilidad de que pueda obtenerse por otros medios a cambio del cual se recibe en todo el mundo —como si se tratara de cuentas de cristal— el oro, joyas o dinero que los drogodependientes han obtenido a través de lo que hoy denominamos "delincuencia funcional"».
- (75) El 13 de mayo de 1992 (por 171 votos a favor, 135 en contra y 8 abstenciones), el Parlamento Europeo, frente a la orientación antiprohibicionista de algunas de las recomendaciones del Informe de la Comisión de Investigación (del que era ponente el Sr. Cooney, que quedó en minoría), declaró expresamente «la necesidad de no modificar la actual estrategia de lucha contra el tráfico de drogas basada en su prohibición» y el convencimiento de «que ningún tipo de legalización constituye una solución viable al problema de las drogas» manifestando «una vez

Convención de Viena de 1988 extiende la tendencia internacional a ampliar el objeto material de las infracciones relativas a las drogas no ya a los precursores sino a todos los equipos, materiales o sustancias destinadas al cultivo, producción o fabricación ilícita de drogas.

Ante tan compleja realidad social, la prevención es difícil y costosa y el Derecho penal será uno de los medios de lucha, pero no el único, sin que podamos detenernos en un más amplio estudio de las posibles medidas preventivas y rehabilitadoras que en la doctrina suelen examinarse⁽⁷⁶⁾.

3. ASPECTOS MÉDICO-LEGALES

Dos cuestiones deben ser necesariamente abordadas al tratar los aspectos médico-legales en los delitos de narcotráfico: el concepto de droga y algunos otros asociados al mismo, y la imputabilidad del toxicómano.

A) Concepto de droga

La palabra *droga*, en su origen, se refería estrictamente a los extractos obtenidos de vegetales, dotas de actividad fisiológica o farmacológica. En la actualidad se emplean dos acepciones alternativas: como sustancias minerales, vegetales o animales empleadas en medicina, industria, bellas artes, etc.; y como sustancias o preparados medicamentosos de efectos estimulantes, depresores o narcóticos⁽⁷⁷⁾.

ESTRELLA RUIZ señala que, por droga, se entiende «toda sustancia farmacológicamente activa sobre el sistema nervioso central, que introducida en un organismo vivo, puede llegar a producir alteraciones del comportamiento, en definitiva, es sinónimo de sustancia psicoactiva capaz de generar abuso o dependencia»⁽⁷⁸⁾. La Organización Mundial de la Salud (1969) dice que «se entiende

más su apoyo al imperio de la Ley, tal como se refleja en los Convenios de las Naciones Unidas y en la legislación de los Estados miembros». Resolución B3-0668/92, sobre el trabajo de la Comisión de Investigación del Tráfico de Drogas, ptos. 6 y 7. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C 150/41, 15.692.

- (76) Puede verse, por ejemplo, Salvador VIADA BARDAJÍ, «El juzgador ante el delincuente toxicómano», en *La imputabilidad en general en el Derecho penal*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1992, tomo XVII, págs. 321-361.
- (77) Véase al respecto Nuria CASTELLÓ NICÁS, *La imputabilidad penal del drogodependiente*, Comares, Granada, 1997, págs. 3 a 5.
- (78) Manuel ESTRELLA RUIZ, «Imputabilidad y drogodependencia», en *La imputabilidad en general en el*

por fármaco o droga toda sustancia que, introducida en el organismo vivo, puede modificar una o más funciones de éste».

El Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud, desde 1956, distingue entre *toxicomanía*, entendida como estado de intoxicación crónica o periódica, y lo que es simplemente un *hábito*, caracterizado este último por la existencia de un deseo pero no de una exigencia (no existe propensión al aumento de la dosis, se da una cierta dependencia psíquica, pero nunca física, con exclusión del síndrome de abstinencia y los efectos perjudiciales se centran en el individuo, no en la sociedad).

a) *Toxicomanía*. El Comité de Expertos de la OMS (1957) definía la toxicomanía como «un estado de intoxicación crónica o periódica originada por el consumo repetido de una droga, natural o sintética. Sus principales características son: a) Un deseo invencible o una necesidad de continuar consumiendo la droga y de obtenerla por cualquier medio. b) Una tendencia al aumento de la dosis. c) Una dependencia de tipo psíquico, y generalmente, físico. d) Efectos perjudiciales para el individuo y la sociedad».

En 1964, la toxicomanía o drogodependencia, fue definida por la Organización Mundial de la Salud como el «estado psíquico y a veces físico, resultante de la interacción de un organismo vivo y de la droga, caracterizado por un conjunto de respuestas de comportamientos, que incluyen la compulsión a consumir la sustancia de forma continuada, con el fin de experimentar sus efectos psíquicos, o en ocasiones, de evitar la sensación desagradable que su falta ocasiona. Los fenómenos de tolerancia pueden estar o no presentes, y un individuo, puede ser dependiente de más de una droga».

b) *Dependencia física y psíquica*. El Comité de Expertos de la OMS (1974) definía la dependencia física como «un estado de adaptación que se manifiesta por la aparición de intensos trastornos físicos cuando se suprime la toma del fármaco»; y, la dependencia psíquica, como «un estado en el que un fármaco o droga produce una sensación de satisfacción; un impulso psíquico que lleva a tomar periódica o continuamente el fármaco para experimentar placer o para evitar un malestar».

c) *Hábito*. La propia OMS, en 1957, decía que hábito «es un estado debido al consumo repetido de una droga. Sus principales características son: a) Un deseo de continuar tomando la droga a causa de la sensación de bienestar que produce. b) Poca, o ninguna, tendencia a aumento de la dosis. c) Una cierta dependencia

psíquica respecto a los efectos de la droga, con ausencia de dependencia física y, en consecuencia, del síndrome de abstinencia. d) Los efectos perjudiciales, caso de que existan, se refieren ante todo al individuo».

d) Por *síndrome de abstinencia* se entiende toda una serie de trastornos mentales y/o físicos que sufre el organismo humano cuando se le priva de una sustancia que le es necesaria para el mantenimiento de su normalidad; la *tolerancia* es la capacidad que tiene el organismo para adaptarse a un producto, lo que obliga a aumentar la dosis periódicamente si se quieren obtener los mismos efectos (varía según la droga, los individuos, la frecuencia del consumo y la dosis); *adicción* es la necesidad física imprescindible de tomar una adecuada cantidad de droga para que el organismo se mantenga en condiciones de normalidad, evitando la aparición del síndrome de abstinencia; *recidivismo* es la tendencia a seguir repitiendo el consumo de una droga tras un período más o menos largo de abstinencia (su presencia ha sido, y es, tenida como imprescindible para considerar adicta a una persona); la *tolerancia cruzada* es el fenómeno por el que al tomar una droga aparece tolerancia, no sólo a esa droga, sino también a otra del mismo tipo y a veces de otro.

En orden a la clasificación de las drogas, en función del efecto que producen sobre la psique y el organismo del consumidor, éstas pueden ser: *estimulantes* (aceleran la actividad mental: anfetaminas, cocaína, cafeína), *depresoras* (retrasan la actividad mental: barbitúricos, opiáceos –heroína–, alcohol, cannábicos –hachis–), *alucinógenas* (provocan alucinaciones: LSD, mescanila)⁽⁷⁹⁾.

El legislador hondureño se ha preocupado de establecer la definición, a efectos legales (concretamente a efectos de aplicación de la Ley sobre uso indebido y tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas, Decreto núm. 126/1989), de toda una serie de conceptos relacionados con esta materia, desde los propios de droga, estupefaciente, psicotrópico, preparado o precursor, hasta las actividades que suponen acciones típicas (comercialización, consumo, cultivo, distribuir, entrega o suministro, fabricación, posesión, producción, tráfico ilícito), e incluso los estados que el consumo produce, como la fármaco-dependencia o adicción, dependencia física y/o psíquica, etc.

B) Imputabilidad del toxicómano

Como punto de partida, no debe olvidarse que la introducción en el mundo de

(79) Más ampliamente, puede verse Concepción LORA TAMAYO, «Aspectos farmacológicos de las drogas (Concepto, terminología y clasificación. Los procesos de obtención. Las bases bioquímicas. Farmacología)», en *Drogodependencia y Derecho*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 2003, tomo VIII, págs. 11-30.

la droga depende de una decisión libre y voluntaria de la persona que, en algunos casos se libera por decisión propia de la sintomatología adictiva, o por el contrario, cae plenamente bajo los efectos absorbentes de las sustancias estupefacientes. Al tratar esa cuestión surge, inevitablemente, la tensión entre considerar al drogadicto como un enfermo y la preocupación por la seguridad colectiva (a partir de la incidencia de la drogadicción sobre las estadísticas criminales y la comprobación de que la seguridad ciudadana se ve seriamente afectada por los hechos delictivos que tienen como factor desencadenante el consumo de drogas).

Esta preocupación por la seguridad colectiva se pone de relieve, por ejemplo en la STS de 26 de junio de 1985, donde, aunque no descarta la posibilidad de considerar la drogadicción como atenuante analógica, advierte que una excesiva apertura ante este fenómeno patológico de nuestros días favorecería las infracciones delictivas con agravio de la seguridad colectiva. Otras resoluciones, como la STS 23 septiembre de 1988, tratan de conciliar los intereses en conflicto, huyendo tanto de posturas permisivas de generalizada exoneración en un momento en que cunde una fuerte alarma social ante una definida criminalidad, reflejo del generalizado enviciamiento que el consumo de drogas y estupefacientes propicia, como de un dictado indiscriminado de absoluta imputabilidad, desoyente y desentendido del posible deterioro de las condiciones psíquicas del sujeto drogodependiente.

Desde el punto de vista penal, interesa determinar la imputabilidad del toxicómano, distinguiendo los tres siguientes supuestos:

1. Situación de intoxicación aguda que puede afectar al nivel de conciencia y mermar los mecanismos inhibitorios del comportamiento. En estos casos el sujeto es más sugestionable y valora torpemente las situaciones de riesgo y las consecuencias de sus actos.
2. Situación de consumo crónico de sustancias opiáceas que produce una amplia apatía hacia todo lo que no esté relacionado con la droga con escaso sentido del riesgo de cometer delitos y, según algunos, una discreta disminución de las capacidades de conocer y obrar.
3. Situación clínica de síndrome de abstinencia en el que las capacidades de control de la voluntad están severamente mermadas.

El posible tratamiento penal de la responsabilidad del delincuente toxicómano es triple: eximente completa, eximente incompleta y atenuante analógica (simple o muy cualificada). La STS de 6 de abril de 1994 penetra en este debate y afirma que el fenómeno de la drogadicción y su incidencia en la capacidad de culpabilidad del agente, opera en un marco que va desde la inusual carencia de aquélla (eximente completa), pasando por el hito intermedio de la eximente incompleta, hasta la mera atenuación suministrada por la simple atenuación analógica.

En cualquier caso, hay que recordar —como hace la STS 314/2005, de 9 de marzo— que «la apreciación de una circunstancia eximente o modificativa de la responsabilidad criminal basada en el estado mental del acusado exige no sólo una clasificación clínica sino igualmente la existencia de una relación entre ésta y el acto delictivo de que se trate, ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo». La STS 21/2005, de 29 de enero, reconduce los supuestos de eximente completa a la anulación total de las funciones cognoscitivas y volitivas a causa del consumo de drogas; cuando los efectos sean profundos, pero no totales, estaremos ante una eximente incompleta; y cuando la adicción a las drogas afecte levemente las facultades del sujeto, procederá aplicar la atenuante analógica.

La STS 1489/2004, de 18 de diciembre (RJ 2005\1086) hace una exposición general sobre los requisitos para que la drogadicción pueda estimarse como eximente incompleta o atenuante analógica. Dice el Alto Tribunal que los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, pueden sintetizarse del siguiente modo:

A) *Requisito biopatológico*, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos: a) que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal, y b) que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida. El Código Penal se refiere a ellas realizando una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

B) *Requisito psicológico*, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo. En efecto, la sentencia 616/1996, de 30 septiembre (RJ 1996\6944), ya declaró que «no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto». En ocasiones, el hecho de actuar a causa de una grave adicción a las sustancias anteriormente referidas puede ser suficiente para estimar afectadas las facultades mentales del delincuente, entendiendo disminuida su imputabilidad, ya que tan grave adicción producirá necesariamente ese comportamiento, por el efecto compulsivo que le llevarán a la comisión de ciertos delitos, generalmente aptos para procurarse las sustancias expresadas. En este sentido, la STS de 21 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9240), ya declaró que siendo

el robo para obtener dinero con el que sufragar la droga una de las manifestaciones más típicas de la delincuencia funcional asociada a la droga, la relación entre adicción y delito puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica.

C) *Requisito temporal o cronológico*, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aun siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos. Dentro del mismo, cabrá analizar todas aquellas conductas en las cuales el sujeto se habrá determinado bajo el efecto de la grave adicción a sustancias estupefacientes, siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva o no se hubiere previsto o debido prever su comisión (en correspondencia con la doctrina de las «*actiones liberae in causa*»).

D) *Requisito normativo*, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto, como ha declarado la sentencia de 14 de julio de 1999 (RJ 1999\6177), hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la eximente incompleta, con idénticos efectos penológicos.

La jurisprudencia de esta Sala —continúa diciendo la STS 1489/2004, de 18 de diciembre— ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpativos cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia indirecta de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido (sentencia de 22 de septiembre de 1999 [RJ 1999\7170]). Requiere, bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, o bien que se halle el sujeto bajo un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Para que opere como eximente incompleta, se precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella

capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva. Y, por último, puede apreciarse como circunstancia atenuante analógica cuando el sujeto no esté afectado de adicción, sino de mero abuso de la sustancia, que producirá la afectación anteriormente expuesta.

En la STS 282/2004, de 1 de marzo (RJ 2004\3397) se expone la reiterada doctrina del Tribunal en relación a la toxifrenia: «la drogodependencia puede integrar eximente incompleta en los casos de que la acción delictiva venga determinada por severo síndrome de abstinencia, en los supuestos en que la drogodependencia vaya asociada a alguna deficiencia psíquica –oligofrenia, psicopatía– y cuando la adicción a las sustancias estupefacientes haya llegado a producir un deterioro de la personalidad que disminuye de forma notoria la capacidad de autorregulación del sujeto».

La misma STS 282/2004, de 1 de marzo, se refiere a la probanza (mediante pruebas directas e indiciarias) de los requisitos necesarios para apreciar un estado modificativo de la responsabilidad penal: «En esta materia no basta con la simple manifestación del acusado, sino que los requisitos necesarios para apreciar un estado modificativo de la responsabilidad penal deben probarse, pudiendo ser incluso apreciados de oficio, sin que naturalmente pueda impedirse al acusado probar su propia drogodependencia, (STS de 5 de mayo de 1998 [RJ 1998\4608]). Pero por tratarse de un estado biopatológico, el Tribunal no lo podrá extraer por sí mismo, salvo casos de palmaria evidencia, debiendo ser objeto de dictamen pericial médico –forense o no–, con sustrato documental en la causa, puesto de manifiesto en el juicio oral. Y a falta de análisis y dictamen médico inmediato a la comisión del hecho, que conduzca al esclarecimiento del estado mental del acusado en el seno del mismo, la prueba deberá realizarse mediante indicios, que podrán discurrir para lograr la convicción del Tribunal, de los siguientes aspectos: historial médico que acredite la drogodependencia, centros de ingreso, en su caso, para conseguir su deshabitación, episodios anteriores, resoluciones judiciales dictadas al sujeto (tanto penales como civiles), incluidos todos aquellos actos que la Administración haya acordado como consecuencia de sus competencias en materia prestacional social o sanitaria, el estado psicobiológico en caso de internamiento en centro penitenciario como preso preventivo, o previamente en el centro de detención policial, incluso el síndrome de abstinencia puede deducirse del tratamiento farmacológico de que haya sido objeto el detenido al pasar a disposición judicial, o antes, en la propia sede policial. Todo ello irá encaminado a probar no solamente la adicción del acusado

como toxicómano, sino los demás requisitos, como su afectación psicológica, la incidencia temporal inmediata, o que ésta se deduzca de su persistencia en el tiempo y el grado de influencia en la comprensión de la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. Para ello deberán valorarse conjuntamente todos esos factores e indicios, tanto sus antecedentes, como los sean coetáneos y posteriores al hecho criminal cometido; naturalmente sin perjuicio de aplicar en caso de exención de la responsabilidad penal las medidas de seguridad que el Tribunal juzgue oportunas conforme a lo dispuesto en el Código o, en su caso, para el supuesto de semieximente, la aplicación del denominado sistema vicarial, o en los supuestos de atenuación, conforme a la doctrina de esta Sala, cual se expone en la STS de 11 de abril de 2000 (RJ 2000\2702)».

1. *Eximente completa.* El encaje de la drogadicción en los supuestos de exención completa de la responsabilidad criminal, tiene lugar cuando el estado psíquico producido por la ingestión de drogas equivale a la psicosis transitoria (art. 23 del CP). Se extiende la exención de responsabilidad criminal al que actúe delictivamente bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, siempre que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Ello, naturalmente, salvo que el trastorno mental transitorio haya sido provocado por el agente dolosa o culposamente, lo que nos sitúa ante la doctrina de las *actio libera in causa*. En virtud de la concepción de las acciones *liberae in causa*, se señala que el sujeto activo del delito sabía de los peligrosos estados carenciales que se presentarían en el supuesto de libremente escoger el camino de la droga, excluyendo o rechazando cualquier ayuda, método, sistema o régimen de curación, entre otras razones, porque ya es muy dudoso que en tales momentos estuviera la persona en un plano de libre determinación volitiva, para proceder en uno u otro sentido. Cabe sostener que, el problema de la responsabilidad de los toxicómanos que cometen un delito bajo el síndrome de abstinencia, no hay que situarlo en el momento en que el sujeto, al ejecutar el hecho punible, carece de volición, sino que es preciso retrotraerlo al instante en que, gozando de plenitud de raciocinio y de capacidad de decidir, resolvió continuar y proseguir la cadena de drogadicción y de consecuente delincuencia. En tal caso habría que partir de que la continuación y permanencia en la drogadicción es un acto voluntario que el sujeto decide por propia iniciativa personal sin entrar en considerar otros factores.

Tales planteamiento chocan, sin embargo, con el hecho de que la adicción a las drogas crea entre sus pacientes una dependencia o hábito físico y psíquico que incide de manera aguda e importante sobre sus facultades intelectivas y especialmente sobre las volitivas, en cuanto que condiciona su comportamiento ante la necesidad imperiosa de proporcionarse las dosis suficientes para calmar

momentáneamente su ansiedad. Las alteraciones físicas que experimenta el adicto a las drogas crea una sensación de malestar corporal que unido al estado de ansiedad debilitan de manera apreciable las facultades para regir su persona y actos.

Un examen de la jurisprudencia pone de relieve que el Tribunal Supremo español ha sido reacio a admitir la eximente completa en los delitos de acción: para que exista la eximente completa es necesario que se produzca la carencia absoluta de las facultades intelectivas y volitivas, y, en estas fases agudas, estima el Alto Tribunal que prácticamente no exista capacidad de actuar. Sin embargo sí se admite, con más facilidad, su aplicación en los delitos de omisión (STS 14 diciembre 1987; 3 enero 1988; 28 septiembre 1989; 3 de mayo de 1991; 12 noviembre 1991 ó 14 de febrero de 1992).

El escepticismo jurisprudencial sobre la concurrencia en la práctica de una eximente completa de drogadicción se pone nuevamente de relieve en la STS de 7 de abril de 1994 en la que, al valorar científicamente los tres peldaños aplicables, termina diciendo que puede concurrir la eximente completa, en los supuestos, poco menos que impensables, en que la abolición de las facultades intelectivas volitivas es total, de modo que, más que en delitos de dinámica comisiva agitada y violenta, la conducta parece estar más próxima a formas comisivas de omisión o en aquellas en que el sujeto activo actúa totalmente automatizado por la droga.

La STS 21/2005, de 19 enero, admite que, en ocasiones, es posible que, a causa de un consumo muy prolongado y muy intenso de sustancias que hayan producido graves efectos en el psiquismo del agente, como puede ocurrir con la heroína, se anulen sus funciones cognoscitivas y volitivas, dando lugar a la aplicación de una eximente completa, pero «ello deberá ser acreditado debidamente».

2. *Eximente incompleta.* No se observan reticencias jurisprudenciales a la aplicación de la eximente incompleta (art. 26.1 del CP) y son numerosas las resoluciones que así lo admiten. En ocasiones ha sido suficiente para estimarla, la comprobación de una adicción a la heroína y a otras sustancias estupefacientes que databa de veinte años atrás, lo que obliga, a juicio del Tribunal Supremo, a admitir que la limitación volitiva produjo un relajamiento sensible y progresivo de los mecanismos psicológicos de inhibición en orden a procurarse medios económicos que hicieran posible la continuidad o permanencia en el consumo y, en definitiva, un estado de imputabilidad disminuida al que corresponde más ajustadamente la eximente incompleta más que la atenuante analógica aplicada (STS de 29 abril de 1994). Como puede verse los hábitos arraigados de consumo de sustancias que producen una continua e irrefrenable ascensión en las dosis consumidas produce

unos deterioros considerables en la personalidad del sujeto, afectando tanto a su estructura física como sobre todo y fundamentalmente a la psíquica. Es preciso, para acoger esta eximente incompleta, que en la fase de investigación y en la sentencia judicial se recojan los antecedentes fácticos de todas las evaluaciones o estudios clínicos de la persona del drogadicto. No basta, a tal fin, señalar que el acusado es drogadicto, si no consta que en el momento de la comisión de los hechos delictivos tuviera disminuidas o afectadas sus facultades intelectivas y volitivas.

La STS de 21/2005, de 19 de enero (RJ 2005\1094), declara al respecto:

[...] Cuando los efectos de la anomalía, de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, aun siendo profundos, no sean totales, será de aplicación la eximente incompleta y en este sentido esta Sala ha admitido que la adicción, cuando es prolongada en el tiempo e intensa, o reciente pero muy intensa, a sustancias que causan graves efectos, provoca una disminución profunda de la capacidad del sujeto, aun cuando generalmente no la anule. La sentencia de esta Sala 26 de marzo de 1997 (RJ 1997\2515) aprecia la concurrencia de una eximente incompleta en una situación de larga dependencia de drogas acompañada de fenómenos patológicos somáticos que suelen ir unidos a tales formas de dependencia (hepatitis, SIDA), que producen una considerable modificación de la personalidad que, orientada a la consecución de medios para proveerse la droga, sumada a la seria disminución de la capacidad para lograrlos mediante un trabajo normalmente remunerado, afecta de una manera especial la capacidad de comportarse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud.

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997 [RJ 1997\1955]), aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.

3. *Atenuante analógica.* Sucede con mucha frecuencia que el único dato extraíble del hecho probado es una referencia genérica a la drogadicción, sin ningún otra referencia indicativa que demuestre que la adicción hubiera provocado una disminución importante de la capacidad intelectual y sobre todo de la volitiva. Cuando la única base fáctica es, sin más, la existencia de una adicción prolongada a las drogas y no es posible valorar el deterioro del estado psicósomático, la solución pasa por aplicar una simple atenuante analógica (art. 24.14 del CP). Dice la STS 21/2005, de 19 de enero, que «en los casos en los que la adicción a las drogas sea apreciable es posible determinar, a través de las correspondientes pruebas que ha de valorar el Tribunal, la existencia de una afectación leve de las facultades del sujeto, dando lugar a una atenuante analógica».

II. FIGURAS DELICTIVAS

1. CUESTIONES COMUNES

Al contrario de lo que ocurre con otros muchos códigos penales, como el español, el Código Penal de Honduras no contiene ningún capítulo dedicado a los delitos de tráfico ilícito de drogas o sustancias psicotrópicas. Ello se debe a que el legislador hondureño ha optado por recoger estos delitos en una ley especial, lo cual es una opción discutible, ya que la mayoría de la doctrina entiende que el Código debe contener todos delitos existentes en la legislación de un país, o, al menos, los de más entidad, como es el caso del tráfico de drogas.

Es la «Ley sobre uso indebido y tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas» (Decreto 126/89), la que recoge, en su Capítulo V, todo el elenco de delitos relativos a esta actividad. Se trata de una Ley general, elaborada con la pretensión de abarcar todas las cuestiones que afectan a esta materia; así, en su Capítulo III contiene un amplio catálogo de definiciones sobre todos los conceptos, jurídicos y no jurídicos, que afectan al tráfico de drogas y a su regulación; en el Capítulo IV se especifican las conductas que están prohibidas con relación a las drogas, así como las excepciones a dichas prohibiciones; mientras que el Capítulo VI aborda el trascendental tema de la prevención.

Nos interesa aquí, singularmente, el Capítulo V, que lleva por rúbrica «Delitos, penas y medidas de seguridad» y que abarca 15 artículos (desde el 16 al 30). En general, se puede afirmar que la Ley considera delitos todos los actos que supongan una facilitación del consumo de drogas por terceras personas, no considerando delictivo el autoconsumo, para cuyo supuesto prevé la imposición de medidas de seguridad.

A) Bien jurídico

El bien jurídico protegido es la salud pública, es decir, la salud de la comunidad integrada por el conjunto de los ciudadanos, de suerte que esas conductas constituyen una amenaza directa a la comunidad. Así lo ha considerado el legislador hondureño en el Preámbulo de la Ley contra el narcotráfico, donde hace constar que la producción, tráfico y consumo de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y otras drogas peligrosas, «provoca daños irreparables en la sociedad hondureña, especialmente en la juventud».

B) Objeto material

El objeto material de los delitos tipificados en la Ley contra el narcotráfico son las drogas, estupefacientes y sustancias controladas.

Por *droga* entiende el legislador la «sustancia simple o compuesta de origen natural o sintético, capaz de alterar la salud de los seres humanos y que se utiliza en la preparación de medicinas y medios diagnósticos. Sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno» (art. 5, numeral 12). *Estupefaciente* es la «sustancia narcótica que hace perder la sensibilidad» (art. 5, numeral 17). Y sustancia controlada es «toda sustancia peligrosa, fármaco, droga, estupefaciente, narcótico y psicotrópico, natural o sintético fiscalizada por el Estado» (art. 5, numeral 33).

La propia Ley recoge en su articulado (art. 5) algunas drogas, estupefacientes y sustancias controladas: los grupos alucinógenos: dietilamida del ácido lisérgico (LSD-25), peyote, mescalina, psilocibina, psilocina, DMT (dimetiltriptamina) DET (dietiltriptamina), MDA (detilenedioxiafetamina), STP (dimetoximetanfetamina), el THC (tetrahidrocannabinol) y otros similares (numeral 20); los grupos excitantes o estimulantes: la coca y sus derivados (cocaína y clorohidrato de cocaína), anfetaminas, bencedrina, dexedrina y otras similares (numeral 21); el grupo de opiáceos: morfina, heroína, codeína, papaverina y otros similares en los cuales interviene el opio, como el elixir paregórico y la tintura de láudano (numeral 22).

Pero el listado se completa por remisión a otros textos. Para los efectos de esta Ley —dice el artículo 6— también se consideran estupefacientes, psicotrópicos y drogas peligrosas, independientemente de su presentación, aquellas sustancias que especifican:

a) Los convenios internacionales sobre la materia suscritos, o que en futuro se suscriban, por Honduras.

b) El Código de la Salud y que aparecen en las listas contenidas en el Reglamento de Control de Estupefacientes y otras Drogas Peligrosas, y los que en el futuro se le incorporen.

c) Las listas oficiales de la Secretaría de Salud Pública y la Organización Mundial de la Salud, cuyo consumo produzca dependencia, estimulación o depresión del sistema nervioso central, alucinaciones, trastornos de la función motora, del juicio de la sensibilidad, del comportamiento, de la percepción o del estado de ánimo.

2. LAS ACTIVIDADES TÍPICAS

En la Ley contra el narcotráfico se incrimina cualquier actividad integrante del «ciclo» de la droga; desde los actos de producción agrícola e industrial (cultivo y fabricación), hasta su distribución de múltiples maneras, que van desde la transmisión por cualquier tipo o causa, hasta la mera posesión para el propio consumo. También se incluyen tipologías relativas a «promover», «favorecer» o «facilitar» el consumo ilegal de drogas, tales como la inducción, la mediación en el tráfico, la facilitación de locales o medios para el tráfico o consumo ilícito. La barrera punitiva se anticipa o adelanta al incluir en el área de la consumación conductas que en puridad merecerían la consideración de formas imperfectas de ejecución o incluso simples actos preparatorios. Bien claro se anuncia en el artículo 2 que *«la presente Ley sanciona las actividades ilícitas de producción, fabricación, comercio, uso ilegal, posesión y tráfico ilícito de estupefacientes, psicotrópicos y drogas peligrosas y cualquier otro producto que sea considerado como tal por los organismos técnicos y científicos de la Secretaría de Salud Pública, la Organización Mundial de la Salud y los convenios internacionales»*.

A) Tipologías penales en general

Los tipos penales de la Ley contra el narcotráfico castigan las siguientes conductas:

a) *Preceptos que castigan conductas relativas a la producción, elaboración o fabricación de drogas tóxicas.* El artículo 16 sanciona a quien ilícitamente, siembre, plante, cultive o coseche plantas estupefacientes; el artículo 17 a quien fabrique ilícitamente drogas, estupefacientes o sustancias controladas que produzcan dependencias; y el artículo 24 a quien, con fines ilícitos, tenga en su poder sustancias químicas, básicas y esenciales, así como insumos, para la fabricación de drogas.

b) *Preceptos que castigan conductas de facilitación del consumo ilícito de drogas.* El artículo 18 sanciona a quien trafique con drogas, estupefacientes o sustancias controladas; y el artículo 20 a quien induzca a otra persona al uso indebido del mismo tipo de sustancias.

c) *Preceptos que castigan actos de cooperación con actividades ilícitas relativas a las drogas.* El artículo 19 sanciona a quien realice el financiamiento o cualesquiera otros actos preparatorios conducentes a la realización de actos de elaboración o tráfico de drogas; el artículo 22 a quien intencionalmente facilite el local o los medios de transporte, aunque sea a título gratuito, para el tráfico o

consumo ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias peligrosas; y el artículo 23 a quien, a sabiendas, por sí, o por persona interpuesta, física o jurídica, realice con otras personas o con establecimientos comerciales o de cualquier tipo, o suministre información falsa para que la apertura de cuentas o para la realización de operaciones de la misma naturaleza con dinero proveniente de las actividades del tráfico ilícito de drogas controladas.

Conviene resaltar este último tipo delictivo, el del artículo 23, que recoge las conductas conocidas como de blanqueo de dinero o lavado de dinero procedente del narcotráfico, actividad indispensable para que estos delitos sean rentables para sus autores, y que merece el más duro de los reproches.

d) *Preceptos que recogen figuras cualificadas, ya sea por la especial condición del sujeto activo, ya sea por el uso de armas.* El artículo 25 sanciona con pena agravada al funcionario o empleado público en general que, valiéndose de su cargo, participe directamente o facilite el desarrollo de en las actividades delictivas previstas en la Ley; el artículo 28 prevé la imposición de un tercio más de la pena principal cuando dos o más personas se organización para la comisión de los delitos; y el artículo 29 también agrava la pena en el supuesto de la en la comisión del delito, o para resistir a la autoridad, se haya usado algún tipo de arma.

e) *Precepto que castiga la inducción.* La instigación o incitación a otra persona para cometer cualquiera de los delitos contenidos en este Capítulo V se castiga, expresamente, en el artículo 21 de la Ley.

f) *Precepto que regula el comiso.* De acuerdo con el artículo 30, serán objeto de comiso, los bienes muebles o inmuebles, sustancias químicas, básicas y esenciales, así como los precursores inmediatos, equipos, fábricas, laboratorios armas, dinero y valores, medios de transporte y cualquier otro medio que haya servido para elaborar, procesar, fabricar, almacenar, conservar, traficar y transportar drogas ilícitas.

g) *Preceptos relativos al autoconsumo.* De acuerdo con las últimas tendencias del derecho comparado, la Ley no sanciona el autoconsumo de drogas con penas, sino con medidas de seguridad; si bien, distingue según se trate de un ciudadano hondureño o de un extranjero. Así, el artículo 26 prevé la aplicación de medidas de seguridad a quien es sorprendido en posesión de marihuana o de cualquier otra droga que produzca dependencia, en una cantidad mínima, tal que sea considerado para su consumo personal e inmediato. En el caso de que se trate de un ciudadano extranjero, el artículo 27 prevé la imposición de una multa y la expulsión de territorio hondureño.

B) Conductas castigadas

a) Sembrar, plantar, cultivar o cosechar

El artículo 16 de la ley contra el narcotráfico castiga con pena de nueve a doce años de reclusión y multa de cinco mil a veinticinco mil lempiras, a la *«persona que ilícitamente siembre, plante, cultive o coseche plantas estupefacientes o partes de plantas de las señaladas en el artículo 7 de la presente Ley»*.

La acción de «cultivar» está definida legalmente por el artículo 5, numerales 6 y 25. Consiste en la actividad destinada al desarrollo de una plantación, esto es, de una pluralidad de plantas de las que puedan extraerse drogas que causen dependencia.

Es de reseñar que no hay una absoluta concordancia entre las acciones aquí tipificadas (art. 16) y las acciones o comportamientos prohibidos en el artículo 7. Se sanciona «plantar», que no aparece entre las conductas prohibidas por el artículo 7; entre tanto, se prohíbe en este precepto la «producción», la «recolección», y la «explotación» de plantas estupefacientes, conductas que no aparece expresamente mencionadas en el artículo 16. Esta discordancia entre actuaciones prohibidas (art. 7) y actuaciones tipificadas (art. 16) es criticable porque puede inducir a confusión y a dejar impunes conductas que merecen reproche penal. Con todo, la «producción» de plantas estupefacientes no es sino el proceso de su fructificación que consiste en la «siembra, plantación, cultivo, crecimiento, cosecha y recolección de plantas, semillas o materias vegetales que contengan sustancias controladas» (art. 5, numeral 30); «cosechar» y «recolectar» son términos con idéntico contenido: recoger la cosecha; por último, la «explotación» consiste en la instalación o conjunto de elementos dedicados a la extracción de un aprovechamiento agrícola, abarcado también por el término «cultivar», en cuanto supone dar a la tierra a las plantas los cuidados necesarios para que crezcan o den frutos provechosos. En suma, todas las conductas prohibidas están, en alguna medida, tipificadas como delito.

El objeto material sobre el recae la actividad prohibida son las plantas estupefacientes relacionadas en el artículo 7, a saber: Amapola, adormidera (papaver Somniferum L), marihuana (Cannabis Sativa; variedad índica y variedad americana), arbusto de coca (Erytroxylon novogranatense morris), plantas alucinógenas como Peyote (psilocibina mexicana) y demás plantas y partes de plantas que posean principios considerados como estupefacientes y sustancias controladas.

b) Fabricar

En el artículo 17 se sanciona con reclusión de nueve a quince años y multa de cincuenta mil a cien mil lempiras, a quien «*fabrique ilícitamente drogas, estupefacientes o sustancias controladas, que produzcan dependencias*».

El comportamiento típico abarca, por definición legal (art. 5, numeral 18), todo el proceso de extracción, preparación, elaboración, manufactura, composición, refinación, transformación o conversión que permita obtener por cualquier medio, directa o indirectamente, drogas, estupefacientes o sustancias controladas, que produzcan dependencia. En consonancia con ello, el artículo 8 prohíbe «la producción, fabricación, extracción, síntesis, elaboración y fraccionamiento de estupefacientes y sustancias controladas, salvo las excepciones establecidas en las leyes». De nuevo nos encontramos con acciones prohibidas que no están expresamente mencionadas en el tipo penal (por ejemplo, producción, fabricación, síntesis, fraccionamiento); este descuido de coordinación obliga al operador jurídico a realizar una labor interpretativa para no dejar impunes conductas que realmente se encuentran tipificadas.

El objeto material no son todas las drogas, estupefacientes o sustancias controladas, sino sólo las que produzcan dependencia física o psíquica (definidas por el artículo 5, numerales 7 y 8).

Será atípica la fabricación lícita de estas sustancias. Y ello sucederá siempre que se obtenga autorización previa de la Secretaría de Estado en el Despacho de Salud Pública quien fiscalizará el proceso, como sucede en el caso de los laboratorios que fabriquen drogas o medicamentos que produzcan dependencia (art. 9) o en actividades de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (art. 10).

c) Traficar

En el artículo 18 se pena con reclusión de quince a veinte años y multa de un millón a cinco millones de lempiras a quien «*trafiQUE con drogas, estupefacientes o sustancias controladas*».

El tráfico ilícito, y por ende la acción típica, abarca, por expresa disposición legal (art. 5, numeral 34) «todo acto dirigido o emergente de las acciones de producir, fabricar, poseer dolosamente, tener en depósito o almacenamiento, transportar, entregar, suministrar, comprar, vender, donar, introducir al país, sacar del país y/o realizar transacciones a cualquier título, de sustancias controladas, financiar actividades contrarias a las disposiciones de la presente Ley o de otras normas jurídicas».

La posesión de más de una dosis (cantidad destinada al consumo personal inmediato), será considerada tráfico, por la aplicación conjunta de los artículos 18 y 26 (éste último se refiere al autoconsumo). El último párrafo del artículo 26 dice taxativamente que «en los casos en que la posesión o tenencia exceda de la cantidad mínima considerada para consumo personal inmediato, se entenderá como violación al artículo 18 de esta Ley, esto es, se considerará tráfico ilícito».

Es atípica la adquisición, importación, exportación y comercialización de estupefacientes y sustancias controladas, cuando haya sido autorizada por la Secretaría de Estado en el Despacho de Salud Pública. Tampoco es típica la venta al público de medicamentos que contengan estupefacientes o sustancias controladas, siempre que se presente receta médica y la venta se efectúe en farmacias autorizadas; la prohibición alcanza a las muestras médicas gratuitas, que contengan sustancias controladas, las que están sujetas a registro en la Secretaría mencionada, para su ingreso, distribución o salida del país (art. 12). Por lo demás, también es lícita y, por ende resulta atípica, la posesión de hasta dos ampollas de drogas controladas en el caso de los médicos, dentistas y veterinarios, quienes las podrán tener lícitamente en su maletín (art. 13).

d) Financiar o realizar actos preparatorios

En el artículo 19 se castiga con pena de quince a veinte años de reclusión y multa de un millón a cinco millones de lempiras, a quien «*realice el financiamiento o cualesquiera otros actos preparatorios conducentes a la realización de los hechos enunciados en los artículos 16, 17 y 18 precedentes*».

Financiar supone aportar dinero necesario para la realización de una actividad o sufragar los gastos de la misma. No debe interpretarse cicateramente este término y restringirlo a las aportaciones dinerarias; en él puede incluirse sin problema cualquier aportación que sirva para sufragar (es decir, para ayudar o favorecer) los gastos que requieren las actividades relacionadas con el narcotráfico. Así, la cesión de la tierra donde se cultivan las plantas estupefacientes, o de la nave donde se sintetiza la droga son actividades de financiación.

También están aquí tipificados todos los otros («cualquiera», dice la Ley) actos preparatorios. Se adelanta así la punición a los momentos anteriores a la comisión de los tipos básicos, de manera que son punibles la conspiración y la proposición⁽⁸⁰⁾ para cometer un delito de los prevenidos en los artículos 16, 17 y 18.

⁽⁸⁰⁾ La conspiración existe cuando dos o mas personas se conciertan para la ejecución del delito. La proposición se configura cuando quien ha resuelto cometer un delito propone su ejecución a otra

Basta el simple acuerdo (*pactum scaeleris*) para cometer estos delitos o la proposición de su ejecución a otras personas, para incurrir en el tipo examinado. En la conspiración se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada (STS 1129/2002, de 18 de junio).

Aquí no es preciso que se inicie una ejecución material delictiva, pues es claro que la conspiración o la proposición para delinquir desaparecen y se disipan como forma punible sancionable cuando el hecho concertado «pasa a vías ulteriores de realización cualquiera que éstas sean», ya que entonces esas ejecuciones absorben por completo los conciertos e ideaciones anteriores al ser éstos puestos en marcha (STS 543/2003, de 20 de mayo)⁽⁸¹⁾. Pero sí es necesario —señala la STS 830/1995, de 30 de junio— que los conspiradores desarrollen una actividad precisa y concreta con realidad material y tangible que ponga de relieve la voluntad de delinquir, sin recurrir a tan sólo meras conjeturas o suposiciones, debiendo el Tribunal tener en cuenta la intencionalidad de los acusados en el caso⁽⁸²⁾.

u otras personas (art. 17.II del CP).

La STS 45/2004, de 20 de enero, indica que «la conspiración pertenece a una fase del *iter criminis* anterior a la ejecución y se ubica entre la ideación impune y las formas imperfectas de ejecución. La conducta del recurrente se subsume, sin duda, como autor de un delito consumado contra la salud pública habiendo favorecido y facilitado el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en cuanto contribuyó a la distribución de las pastillas de éxtasis y de cocaína entre los compradores de tales sustancias».

(81) «Y esto es lo que sucedió —nos dice la STS 543/2003, de 20 de mayo— en el caso que nos ocupa en el que si bien es cierto (amén de lógico) que existió un concierto previo entre el recurrente y alguno de los otros inculpados, no es menos cierto que tal concierto se llevó adelante hasta el extremo de que tal conspiración (o proposición) se convirtió en un delito consumado de tráfico de drogas desde el momento en que llegó al aeropuerto la maleta conteniendo el producto que él mismo había de transportar, según el acusado, de un lugar a otro, convirtiéndose así en poseedor mediato de la droga que aquella contenía.» La STS 1129/2002, de 18 de junio estimó que hubo conspiración al haber estado en contacto con antelación con otro coacusado para adquirir de éste una cantidad de droga no concertada pero de cierta importancia, realizando incluso un largo viaje para comprobar la existencia de la droga, su cantidad y precio, compra que no se llevó a cabo debido a la intervención policial, con lo que esa intención de compra (en definitiva, de tráfico) no llegó ni siquiera a iniciarse, con lo que no cabe hablar de tentativa, sino de conspiración.

(82) La STS 977/2004, de 24 julio, ha estimado constitutivo del delito de conspiración criminal para el narcotráfico el hecho de ponerse de acuerdo con otro, «para confirmar que podría ser puesta a disposición de una tercera persona» una determinada cantidad de cocaína, «sin que conste la efectiva puesta del estupefaciente en poder o al alcance de ninguno de ellos».

e) Inducción al uso indebido

Se castiga también la inducción al uso indebido de drogas estupefacientes o sustancias controladas, con pena de nueve a doce años de reclusión y multa de cincuenta mil a cien mil lempiras (art. 20). La inducción que se pena es la dirigida a que otra persona haga un «uso indebido» de drogas, estupefacientes o sustancias controladas; lo cual debe entenderse como inducir al consumo (definido en el numeral 5 del artículo 5 como «el uso ocasional, periódico, habitual o permanente de sustancias controladas y que encierren el peligro de la dependencia»).

La inducción al uso indebido se ve agravada si se produce, aprovechándose de la condición de ascendiente o autoridad sobre el inducido, o éste fuere menor de edad o incapaz, o si el delito se comete en establecimientos educativos, asistenciales, militares, policiales o penitenciarias o en sus inmediaciones. En tales supuestos la pena de reclusión será aumentada de uno a dos tercios y multa no será menor de doscientos mil lempiras (art. 20, segundo inciso).

La agravación, en cuanto a los establecimientos citados, se justifica por la perturbación que puede tener el proceso educativo, sanitario, asistencial, de formación militar y policial o rehabilitación, y en las nocivas consecuencias que puede causar en la organización de esos centros.

f) Instigar o incitar a la comisión de los delitos anteriores

La inducción es una forma de coautoría (art. 32 del CP) y el legislador la castiga, en este caso, con reclusión de nueve a doce años y multa de cincuenta mil a cien mil lempiras. El artículo 21 sanciona así a quien «*instigue o incite a otro, a la comisión de cualquiera de los delitos tipificados en el presente Capítulo*».

La inducción supone mover la voluntad de alguien; de ahí que —como dice la STS 377/2004, de 25 de marzo— requiera que el inducido no esté ya decidido a realizar el hecho. Sin embargo, en la doctrina la instigación al *omnimodo facturus* (el que ya está por sí mismo firmemente decidido) no es impune, sino punible como cooperación psicológica o como tentativa de inducción (si la Ley permite esta tentativa).

g) Facilitación de local o medios de transporte

En el artículo 22 se pena con reclusión de seis a nueve años y multa de cincuenta mil a cien mil lempiras, «*a quien intencionalmente facilitare el local o los medios de transporte, aún a título gratuito, para el tráfico o consumo ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicos u otras drogas peligrosas*».

Es una concreción de la actividad de financiación en general. Se limita a la facilitación de dos bienes: el local o los medios de transporte, y para dos actividades: el tráfico o el consumo ilícito. Como antes expusimos, si lo que se facilita es otro bien mueble o inmueble, o para otra actividad (como por ejemplo el cultivo), podría encajarse entre las actividades de financiación en sentido amplio.

h) Operaciones con dinero de la droga (lavado o legitimación de activos)

En el artículo 23 se sancionan, de forma elemental, las operaciones con dinero procedente de la droga. Se trata, en realidad, del embrión de lo que después se ha desarrollado en la Ley contra el delito de lavado de activos (Decreto núm. 45/2002), que será de aplicación preferente como ley especial. En la Ley contra el narcotráfico se sanciona como cómplice, con reclusión de tres a seis años y multa de cincuenta mil a cien mil lempiras a quienes, a sabiendas (con dolo directo), por sí o por interpósita persona, física o jurídica, realice con otras personas o con establecimientos comerciales o de cualquier naturaleza, transacciones comerciales de cualquier tipo, o suministre información falsa para la apertura de cuentas o para la realización de operaciones de la misma naturaleza, con dinero proveniente de las actividades del tráfico ilícito de drogas controladas.

En la misma sanción incurrirá quien, con posterioridad a la comisión de un delito relacionado con el tráfico ilícito de drogas controladas, sin haber participado en él, oculte, adquiera o reciba dinero, valores u objetos provenientes del tráfico ilícito de las drogas, o de cualquier otro modo intervenga en su adquisición, captación u ocultación. Se trata, en cualquier caso, de actividades dirigidas a crear la apariencia de que los bienes no proceden de un delito, a impedir o dificultar la localización de un bien de procedencia delictiva o a evitar su comiso.

Si el cómplice de las actividades relacionadas con el dinero y valores provenientes del tráfico ilícito de drogas, fuere el presidente o gerente propietario de una sociedad mercantil u otra organización con personalidad jurídica o no, además de sancionar a la persona natural con la pena señalada en el párrafo primero de este artículo, se clausurará definitivamente y en forma irrevocable el establecimiento y se sancionará a la organización mercantil o social, con multa de cien mil a quinientos mil lempiras.

i) Posesión de insumos y precursores

La posesión dolosa de drogas, estupefacientes y sustancias controladas, es decir, la que puede estimarse destinada a su distribución, es considerada tráfico y penada en el artículo 18. Lo que se castiga en el artículo 24, con reclusión de tres a

seis años y multa de veinte mil a cincuenta mil lempiras, es la posesión, con fines ilícitos, de sustancias químicas, básicas y esenciales, así como insumos para la fabricación de drogas que produzcan dependencia.

Se consideran insumos para la fabricación de sustancias controladas, las sustancias químicas, básicas y esenciales que enumera el artículo 14⁽⁸³⁾. Las autoridades de Salud Pública y de Aduanas deberán ejercer control sobre su ingreso, distribución, uso y salida del país.

La posesión de estos insumos ha de ser con fines ilícitos, es decir, el poseedor ha de conocer que se destinarán, por él o por un tercero, a la fabricación de sustancias controladas. Al respecto serán determinantes los indicios (singularmente la cantidad de insumo aprehendida y las explicaciones que sobre ello pueda dar el imputado).

j) Consumo ilícito

El autoconsumo se sanciona con medidas de seguridad y multa. Se entiende por autoconsumo la posesión de cigarrillos de marihuana, o su equivalente en hoja seca o pasta básica, o de cualquier otra droga que produzca dependencia, en una cantidad mínima, tal que, de acuerdo con el dictamen del Departamento Médico Legal del Poder Judicial o de un médico empleado por el Estado, a falta de aquél, sea considerado para su consumo personal inmediato (art. 26). De lo dispuesto en este precepto, la posesión destinada al autoconsumo ha de ser de una sola dosis, definida en el artículo 5, numeral 11, como «la cantidad mínima de droga, estupefaciente o psicotrópico para consumo personal inmediato, determinada por el Médico Legista».

Si se trata de un hondureño, se le aplicarán las siguientes medidas de seguridad: a) Por la primera vez, internamiento hasta por 30 días y multa de quinientos a un mil lempiras; b) Por la segunda vez, internamiento de 30 a 90 días y multa de mil a cinco mil lempiras; y, c) Si se tratare de un fármaco dependiente o drogadicto, será internado en un centro de rehabilitación para su tratamiento hasta

(83) Son las siguientes: a) El ácido antravílico y ácido N acetilantravílico, usados para fabricar metacualona; b) Feni-2-propanona y ácido fenilacético, usados para fabricar anfetamina y metanfetamina; c) Piperidina, usada para fabricar fenciclidina (PCP); ch) Los alcaloides del cornezuelo del centeno, ergotamina y ergonovina, usados para fabricar dietilamida de ácido lisérgico (LSD); d) Acetona, usada en la extracción, síntesis y elaboración de heroína y cocaína; e) Éter etílico, usado en la síntesis de heroína y cocaína, anhídrico acético, usado para fabricar heroína; y, f) Cloruro acetílico, usado para fabricar heroína y demás sustancias químicas, básicas y esenciales, para la fabricación de drogas.

lograr su resocialización; esta medida se aplicará aun tratándose de la primera vez. La misma medida se le impondrá a quien sin ser fármaco dependiente, reincide por tercera vez y multa de cinco mil a diez mil lempiras.

En los casos en que la posesión o tenencia exceda de la cantidad mínima considerada para consumo personal inmediato, se entenderá como violación al artículo 18 de esta Ley, esto es, se considerará tráfico ilícito.

Si el poseedor de la droga para el autoconsumo es un ciudadano extranjero, el artículo 27 prevé la imposición de una multa de cinco mil a diez mil lempiras y su expulsión del territorio nacional.

h) Tipos agravados

a) Por la cualidad del agente. Los sujetos a los que se refiere el artículo 25 son: los funcionarios y empleados públicos, los miembros de las Fuerzas Armadas, las instituciones o cuerpos policiales u organismos de seguridad del Estado y las personas que por elección o nombramiento, pertenezcan a los poderes públicos.

Si cualquiera de las anteriores personas participa directamente o valiéndose de sus cargos en las actividades delictivas previstas en esta Ley, o facilita el desarrollo de las mismas, se le aplicará la pena correspondiente, aumentada en un tercio y la inhabilitación definitiva en el ejercicio de su cargo. El comportamiento típico no es solo el participar en las actividades delictivas, sino también facilitar su desarrollo. Para ello puede aprovechar o utilizar el cargo para una más fácil comisión del delito, una mayor extensión del mismo o una más alta probabilidad de lograr la impunidad («valiéndose de su cargo», dice la Ley); pero, por la sola razón del cargo desempeñado, aunque no se valgan del mismo para cometer el delito, se incrementará la pena y serán inhabilitados⁽⁸⁴⁾.

(84) El Tribunal Supremo español ha criticado que la agravación de la pena se deba, exclusivamente, al cargo o profesión desempeñada por el sujeto activo. La STS 1762/1994, de 11 de octubre, declara: «Si no se quiere establecer un trato desigual y discriminatorio por la sola razón del cargo o profesión ni romper con el principio de culpabilidad imperante hoy en el Derecho Penal, la mayor pena impuesta a un hecho en atención a la condición del sujeto pasivo debe responder a un plus en el disvalor del hecho o en el de la conducta, en atención a un mayor contenido de antijuridicidad de la acción, en cuanto se acrecienta el potencial dañoso o de riesgo del hecho o a una vulneración de especiales deberes del sujeto y que incremente la reprochabilidad de su comportamiento. Lo que se produce cuando aquél aprovecha o utiliza el cargo, profesión o función típicos que desempeña para una más fácil comisión del delito, una mayor extensión del mismo o una más alta probabilidad de lograr la impunidad. Si tales circunstancias, que refuerzan la gravedad de su acción no se dan no debe agravarse la pena por la sola objetividad de la profesión del culpable, pues tal agravación no respondería a un *substratum* material que la justificase».

b) *Por tratarse de organización.* Cuando dos o más personas se organizan para la comisión de los delitos establecidos en la presente Ley, serán sancionados con un tercio más de la pena principal (art. 28). Para fijar los límites del término organización, es necesario que exista un concierto previo de voluntades, en mayor o menor medida, cualquiera que sea la forma en el que se plasme; ese acuerdo, como plan preconcebido para actuar, adquiere aquí relevancia por su mayor duración, por los medios idóneos puestos para su ejecución, por la jerarquización, más o menos definida, entre sus miembros, o por la distribución de los cometidos a realizar por cada uno de ellos⁽⁸⁵⁾.

c) *Por el uso de armas.* La persona que en la comisión de un delito establecido en esta Ley o para resistir a la autoridad, use alguna clase de arma, sufrirá la pena agravada en un tercio (art. 29).

3. ATIPICIDAD DEL CONSUMO COMPARTIDO Y DE LA DONACIÓN POR MOTIVOS HUMANITARIOS

A) Consumo compartido

En principio, cualquier acto de favorecimiento o facilitación del consumo de un tercero está incluido en la amplia dicción de los tipos de narcotráfico (entre las acciones típicas del tráfico ilícito se encuentran las de «entregar» y «suministrar» drogas). Ahora bien, qué sucede cuando un grupo de consumidores se conciertan para comprar droga y comisionan a uno de ellos a tal fin, siendo este último a quien se detiene en posesión de la droga común. O cuando un adicto comparte su droga con otro adicto. ¿Se pueden encauzar dichas conductas hacia la posesión para el autoconsumo?

La STS 1105/2003, de 24 de julio, recuerda cuáles son los requisitos exigidos por la jurisprudencia para poder hablar de «autoconsumo compartido» (comportamiento atípico en España y sancionado con medidas de seguridad en Honduras: artículo 26 de la Ley sobre Narcotráfico):

1.º Los consumidores que se agrupan han de ser adictos («al menos

⁽⁸⁵⁾ La STS 32/1995, de 19 de enero, afirma que «si sólo se conocen dos autores del delito y ni siquiera se ha podido saber quién daba las órdenes, en qué nivel jerárquico actuaban, ni cuál era la distribución de funciones que aseguraba la ejecución del plan con independencia de las personas de la organización, no es posible admitir que en este caso es aplicable el tipo agravado [...] los datos aportados por la acusación no alcanzan para configurar todos los elementos de la organización».

habituales al consumo», según la STS de 4 de mayo de 1998), ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo y habituación no podría soslayar la aplicación del tipo penal ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento [artículo 18 de la Ley hondureña contra el narcotráfico].

2.º El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo. Aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente.

3.º La cantidad de droga programada para su consumición ha de ser «insignificante».

4.º La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social.

5.º Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.

6.º Ha de tratarse de un consumo «inmediato» de las sustancias adquiridas.

Si concurren estrictamente todos los aludidos requisitos, estamos, en realidad, ante un autoconsumo, aunque sea compartido, de suerte que podría eludirse en tal caso la aplicación del tipo relativo al tráfico de drogas (art. 18) y aplicarse lo dispuesto en los artículos 26 y 27 en relación con el autoconsumo.

B) Donación por motivos humanitarios

Ante todo debe partirse de que la donación se incluye entre los actos de tráfico, susceptible promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes, pues quien regala droga está realizando la acción en que el delito consiste, el favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas o de sustancias nocivas para la salud. El precio pues, no es una condición esencial de la lesión del bien jurídico ni del reproche jurídico penal de la conducta.

El peligro abstracto propio de los delitos contra la salud pública, que integra el fundamento de su antijuridicidad material, no puede presumirse *iuris et de iure*, de tal manera que si se acredita ausencia de tal contenido de riesgo, el acto sería atípico, tal y como ha dicho el Tribunal Supremo español en supuestos excepcionales de adquisición compartida para autoconsumo o de entrega para auxiliar a una persona allegada en crisis de abstinencia o ansiedad (p. ej., SSTS de 18 de noviembre de 1996 y 18 de julio de 2001).

Pero esta doctrina no admite ser generalizada a todos los supuestos de entrega de drogas a personas consumidoras o adictas. Para la exclusión de la responsabilidad penal en tales donaciones es necesario que concurren los

siguientes requisitos: a) que el receptor sea adicto a las drogas entregadas; b) que exista una relación estrecha de parentesco, convivencia o amistad entre donante y donatario, que determine que la entrega se haga por móviles altruistas y humanitarios, para defender al drogodependiente de las consecuencias del síndrome de abstinencia; c) que no exista riesgo de transmisión de la droga a otras personas distintas de aquél al que iba destinada, lo que sucederá si la acción ocurre en recinto cerrado; d) que no exista contraprestación alguna como consecuencia de esa entrega; e) que esta donación lo sea para un consumo inmediato, a poder ser, en presencia del suministrador; y f) que la cantidad de droga entregada sea muy pequeña y no exceda de la dosis terapéutica (pueden verse, p. ej., las SSTS de 22 de diciembre de 1998, 9 de junio de 1999, 15 de abril de 2002, 29 de junio de 2002, o el ATS 3142/2000, de 20 de diciembre).

En estas circunstancias al desaparecer el peligro abstracto desaparece la tipicidad de la acción. Falta entonces el sustrato de antijuridicidad, pues no existe posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia de peligro contra la salud pública. De ahí que, en los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación, o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, motivos de un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencian los actos o los verbos contenidos en el artículo 5 (numeral 34), en relación con el artículo 18, de la Ley contra el narcotráfico.

4. FORMAS DE EJECUCIÓN

A) Peligro abstracto y consumación anticipada

Los delitos de narcotráfico no exigen de una lesión concreta. Son delitos de peligro abstracto, de riesgo común. En los delitos de peligro concreto, el peligro es un elemento del tipo y se exige, en consecuencia, para que pueda hablarse de realización típica, la demostración de que se produjo efectivamente la situación de peligro (Barbero Santos). En los de peligro abstracto, el peligro no es un elemento del tipo, sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta⁽⁸⁶⁾. Ante la contemplación de un proceder que la experiencia demuestra ser comúnmente peligroso, la ley, sin otras exigencias, sanciona su realización con una pena. El legislador viene a partir de una *praesumptio juris et de iure* de peligrosidad de

⁽⁸⁶⁾ Marino BARBERO SANTOS, «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», en *Anuario de Derecho Penal*, septiembre-diciembre de 1973, pág. 489.

las conductas que contempla, no dando acogida a pruebas de signo contrario encaminadas a demostrar la ausencia de riesgo, en el caso concreto, de la acción enjuiciada. Son muchas las sentencias que conceptúan la infracción penal que nos ocupa como delito de riesgo abstracto, eminentemente formal y de mera actividad (SSTS español de 26 de enero de 1984, 18 de marzo de 1985, 5 de junio de 1986, 6 de abril de 1987, 7 de noviembre de 1988, 28 de marzo de 1989, etc.). De ahí que la mera posesión de la droga con propósito de distribuirla a terceras personas, aunque no se haya llevado a cabo tal distribución, sea suficiente para consumar la acción delictiva.

Dada la forma (consumación anticipada) en que se encuentran definidas las conductas de los artículos 16 y siguientes de la Ley contra el narcotráfico, es difícil que puedan existir formas imperfectas de ejecución. El delito de narcotráfico sólo admite, por lo general, la forma consumada, por tratarse de un delito de mera actividad o riesgo abstracto que no requiere la producción de un resultado más allá de la realización de la conducta que los artículos 16 y ss. de la Ley contra el narcotráfico definen, por lo demás, en términos sumamente amplios.

B) Especial referencia a los envíos de droga

En los supuestos de envío de droga, tiene declarado el Tribunal Supremo español que el delito se consuma siempre que exista un pacto o convenio entre los que la envían y los que la han de recibir, puesto que en virtud del acuerdo la droga queda sujeta a la voluntad de los destinatarios (SSTS de 21 de octubre de 1993 y 12 de septiembre de 1994) siendo ya indiferente a efectos de consumación jurídica que estos alcancen la detentación física del producto. En la STS de 21 de junio de 1997 se insiste en que «el tráfico existe desde el momento en que una de las partes pone en marcha los mecanismos de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido», interpretación reiterada por la STS de 27 de febrero de 1999 en que se dice que «el delito contra la salud pública queda consumado desde el momento en que los concertados proceden a la remisión material de la droga desprendiéndose del cargamento al embarcarlo con rumbo al destinatario que se convierte con ello (...) en poseedor mediato», lo que más abajo se subraya con estos inequívocos términos: «El convenio entre las dos partes concertadas y la puesta en marcha del envío de la sustancia estupefaciente, mediante los mecanismos previamente acordados, consuma definitiva e irreversiblemente el tipo delictivo, sin que quede espacio alguno para las formas imperfectas de consumación». En la línea de estos pronunciamientos, debe mantenerse que es únicamente la fase de agotamiento del delito la que queda frustrada cuando, detectado un envío postal de estos productos y autorizadas su circulación y entrega controladas, no llega el destinatario a poseer físicamente la droga. La disponibilidad potencial de la droga ya había sido alcanzada por el destinatario en un momento anterior, justamente cuando

salió de manos del remitente y los servicios de correos iniciaron su porte de acuerdo con el plan trazado por los traficantes.

La consumación del delito se produce cuando se tiene la disponibilidad mediata: es suficiente una posesión mediata que posibilite, aunque sea de modo indirecto y a través de otros, su venta y subsiguientes ganancias (STS de 5 de abril de 1999). Cuando la droga se remite por correo o por cualquier otro sistema de transporte, quien haya participado en la solicitud u operación de importación, o bien figure como destinatario de la misma, es autor de un delito consumado por tener la posesión mediata de la droga remitida, tal y como confirma una reiterada doctrina jurisprudencial (sentencias 2108/93 de 27 de septiembre, 2378/93 de 21 de octubre, 383/94 de 23 de febrero, 947/94 de 5 de mayo, 1226/94 de 9 de junio, 1567/94 de 12 de septiembre, 2228/94 de 23 de diciembre, 96/1995 de 1 de febrero, 315/96 de 20 de abril, 357/96 de 23 de abril y 931/98 de 8 de julio, entre otras).

Cabe admitir excepcionalmente la tentativa cuando el acusado no ha llegado en momento alguno a tener disponibilidad, ni siquiera potencial, sobre la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediata⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁷⁾ Por ejemplo: una persona colabora, a petición de otra, recogiendo un resguardo, como paso previo a la posterior recepción de la mercancía por sus destinatarios, pero sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde Colombia, ni ser tampoco el destinatario de la mercancía. Es ésta una participación accesorio y secundaria que debe sancionarse como tentativa (STS 26 de marzo de 1997).

Capítulo II. Delitos contra la libertad y la seguridad

1. ESQUEMAS GENERALES DE LOS TIPOS DELICTIVOS

El Título VI del Libro II del Código Penal utiliza una rúbrica clásica —ya recogida en el Código Penal español de 1848—, denominada «Delitos contra la libertad y la seguridad». Bajo la misma se comprenden un total de 25 artículos, desde el 192 al 216, distribuidos en ocho capítulos, con un contenido muy heterogéneo, que abarca desde el delito de secuestro hasta los delitos contra la libertad política.

La indicada rúbrica se refiere a la «libertad» y a la «seguridad» conjuntamente, aunque son dos bienes jurídicos diferentes. El Código no lleva a cabo una diferenciación sistemática entre delitos que afecten a uno y otro bien jurídico, sino que ha sido la doctrina la que ensayado la clasificación de las infracciones que comprende.

Los autores, siguiendo a Binding, suelen reconocer que los delitos contra la libertad lo son contra la voluntad, lo que les lleva a distinguir dos categorías: *delitos contra la libertad de la voluntad*, en cuyo grupo incluyen las coacciones, amenazas, detenciones ilegales y sustracción de menores, y *delitos de menosprecio de la voluntad*, en que el agente procede como si no existiese oposición alguna a la acción que pretende realizar, comprendiendo el allanamiento de morada, el descubrimiento y la revelación de secretos y los delitos contra la libertad de cultos.

El Código Penal de Honduras, bajo esa rúbrica genérica, recoge los siguientes tipos delictivos:

- Secuestro y detenciones ilegales (Capítulo I)
- Sustracción de menores (Capítulo II)
- Allanamiento de morada (Capítulo IV)
- Coacciones y amenazas (Capítulo V)
- Delitos contra la libertad de cultos, el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos (Capítulo VI)

- Violación y revelación de secretos (Capítulo VII)
- Delitos contra la libertad política (Capítulo VIII)

El Capítulo III está dedicado a una disposición común a los delitos de secuestro, detención ilegal y sustracción de menores.

De acuerdo con lo anteriormente indicado, en este curso nos vamos a detener en el grupo de delitos que atentan contra la libertad de la voluntad, o, si se prefiere, simplemente, contra el bien jurídico libertad, cuya gravedad y trascendencia entendemos superior a la de los demás. Ello nos llevará, a continuación, a detenernos en los delitos de secuestro y detención ilegal, sustracción de menores, coacciones, amenazas, y torturas desarrollándolos en los sucesivos apartados.

Las coacciones, amenazas, y torturas, pese a que en el Código se encuadran en un único Capítulo (el V), tienen autonomía suficiente como para ser analizadas por separado, por lo que, para una mejor sistemática, se recogen en tres apartados diferentes.

2. SECUESTRO Y DETENCIÓN ILEGAL

A) Cuestiones comunes

El secuestro y la detención ilegal constituyen el máximo atentado contra la libertad humana, en cuanto afectan al más esencial aspecto de la misma: la libertad ambulatoria. Con todo, no dejan de ser una modalidad de las coacciones, aunque se diferencian de ellas en que no atacan la libertad genéricamente considerada sino una parte de la misma: la libertad de movimientos.

a) Bien jurídico. El bien jurídico protegido es, como ya adelantamos, la libertad ambulatoria. Ésta, que constituye una singular forma de manifestación de la libertad de actuación o de comportamiento del ser humano, puede ser atacada en sus dos principales manifestaciones: el derecho a trasladarse o el derecho a permanecer donde se quiera. Así sufrirá un ataque a su libertad ambulatoria, quien se vea inmovilizado y privado de la facultad de dirigirse donde quiera, o, por el contrario, compelido a encaminarse a donde no deseaba ir, o confinado en un recinto cerrado, que puede ser, indiferentemente, mueble o inmueble.

b) Delitos permanentes. Se trata de delitos permanentes. Ello quiere decir que «el resultado lesivo se alcanza al ofenderse el bien jurídico, pero el estadio consumativo se prolonga en el tiempo mientras que dure la situación de ofensa al bien jurídico» (Quintero Olivares). Dicho de otra forma: «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» (STS de 14 de noviembre de 2000). En fin, 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 de 13 de julio de 1999).

Por consiguiente, pese a entenderse consumados en el instante mismo en que la detención se produce, como ese estadio consumativo se prolonga ininterrumpidamente hasta que se cese en la dinámica comisiva, estos delitos permiten la participación de otras personas una vez consumados y antes de su agotamiento.

c) *Distinción con las coacciones.* El delito de coacciones es el género, mientras que la detención ilegal es la especie y el secuestro es la especie agravada. Las coacciones actúan sobre el derecho a la libertad en tanto que la detención ilegal lo hace sobre la concreta libertad ambulatoria y el secuestro, además, exige un determinado propósito. En cualquier caso, las coacciones quedan absorbidas por estos delitos como norma especial.

Habrán ocasiones en que se produzca un ataque a la libertad de movimientos, pero sin relevancia para que podamos catalogarlo como detención ilegal, aunque sí pueda ser una coacción. En efecto, en las coacciones se produce una restricción de la libertad, pero no una privación de ella, de suerte que, si se trata de la libertad ambulatoria, para que la detención sea típicamente relevante, se requiere alguna duración o permanencia, que permita afirmar, sin dudas, el ánimo de constreñir la libertad de movimientos del sujeto.

Frente a esta conducta básica de detención ilegal, el secuestro, que está castigado con una pena considerablemente más grave, se caracteriza por que el sujeto activo priva de libertad a la víctima con una concreta finalidad: la de obtener algún provecho o utilidad (no sólo económica, sino de cualquier índole, incluso publicitaria o política), o la de lograr que el secuestrado haga o deje de hacer alguna cosa.

B) Secuestro

Para el Código Penal (art. 192) es autor de un secuestro quien, aun cuando finalmente no consiguiera su propósito, sustraiga, retenga, desplace, oculte o prive de cualquier otra manera de su libertad a una o más personas, mediante violencia, intimidación, engaño u otra forma que vicie el consentimiento, con cualesquiera de

las siguientes finalidades:

- a) Obtener a cambio de la libertad de la o las personas secuestradas, dinero, bienes, títulos u otra utilidad o beneficio;
- b) Obligar a alguien a que haga o deje de hacer algo; y
- c) Publicitarias o políticas.

El delito de secuestro se castiga con reclusión de 20 años a privación de libertad de por vida.

a) *Conducta típica*. Consiste en privar de libertad a una o más personas y puede realizarse a través de cualquier medio, ya sea por acción u omisión. El Código enumera, a título ejemplificativo, algunas conductas (sustraer, retener, desplazar, ocultar), pero inmediatamente cierra las posibilidades de actuar con una remisión a «cualquier otra manera» de privar de su libertad a una o más personas. Así, la acción de *retener*, equivale a privar a un sujeto de la posibilidad de alejarse en un espacio abierto (atándola, golpeándola, etc.); la de *desplazar* supone la modalidad denominada «forma itinerante», en que la víctima es transportada, como si fuera una cosa, o es obligada a desplazarse con sus captores, lo que en ocasiones ocurre forzando al propio secuestrado a ser él quien, conduciendo su propio automóvil, los lleve al lugar que le indiquen; la acción de *ocultar*, puede tomarse como equivalente a recluir a una persona en lugar cerrado, mueble o inmueble (automóvil, habitación, zulo, etc.); y la de *sustraer* parece referirse al secuestro de menores o incapacitados, consistente en apartarlos de la custodia de aquellos que la tengan legalmente o de hecho.

Se exige además que la privación de libertad se lleve a cabo con violencia, intimidación, engaño u otra forma que vicie el consentimiento. Hay violencia cuando se utiliza la fuerza (*vis phisica*), directamente ejercida sobre el sujeto pasivo. Si la fuerza se proyecta sobre otra persona para vencer la resistencia de la víctima, estaríamos ante una intimidación. La intimidación (*vis compulsiva o psíquica*) es el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente de suficiente entidad para vencer la voluntad contraria del sujeto contra el que se dirige. El engaño es cualquier ardid o maquinación insidiosa de que se vale el secuestrador para viciar el consentimiento de su víctima y lograr así retenerla, sustraerla, ocultarla o desplazarla, sin su voluntad (pues se encuentra viciada).

b) *Elemento subjetivo*. Es el propósito o finalidad del sujeto activo. Éste ha de perseguir, mediante la privación de libertad de una persona, cualquiera de los siguientes objetivos: a) obtener, como precio de la libertad del secuestrado, dinero, bienes, títulos o cualquier otra utilidad o beneficio, a favor de él mismo o de otra persona; b) obligar al secuestrado o cualquier otra persona a que haga o deje de

hacer alguna cosa; c) de carácter publicitarios o político. La consecución del propósito del autor no es condición para la consumación del delito.

c) *Tipos agravados y privilegiados*. El secuestro se agrava, elevándose la pena, cuando concurren las siguientes circunstancias:

1) Si se ocasionare o diere lugar a la muerte del secuestrado: reclusión de 40 años a perpetua.

2) Si el secuestrado, o cualquier otra persona, muriere con motivo del proceso de rescate: reclusión de 30 años a perpetua. Resulta superfluo, por reiterativo, que más adelante señale el texto del Código que, «si con motivo de la liberación muriesen miembros de la autoridad o cualquier otra persona que intervenga, se aplicará lo dispuesto en el numeral 2) de este artículo».

3) Si con motivo del proceso de rescate, la víctima o cualquier otra persona sufrieren lesiones: reclusión de 20 años a perpetua.

El secuestro se atenúa en los siguientes casos (arts. 192 y 201):

1) Si los secuestradores desistiesen liberando a la víctima y no hubieren obtenido el precio reclamado. La pena aplicable, en tal caso, será de 10 a 20 años de reclusión (art. 192).

2) Cuando los móviles del secuestro sean distintos a los señalados en el artículo 192:

a) Si la persona secuestrada se encontrase sin daño, el autor será castigado con una pena de 20 a 30 años.

b) Si no diera cuenta de su paradero o no acreditase haberla puesto en libertad, la pena será de 30 a 40 años.

d) *Atenuantes específicas*. Son atenuantes específicas del delito de secuestro, además de las señaladas en la parte general del Código, las enumeradas en el artículo 194-A:

1) Haber tratado a la víctima, mientras fue privada de su libertad, con consideración a su integridad física, psíquica y moral.

2) Desistir de continuar participando en la comisión del delito, dejando en libertad a la víctima o proporcionando a la autoridad o a los familiares de la persona secuestrada información fidedigna que conduzca al rescate de ésta o a la identificación y aprehensión de los responsables del ilícito penal.

3) Haber brindado a la víctima las condiciones, los medios y bienes necesarios para satisfacer las necesidades básicas inherentes al ser humano.

C) Detención ilegal

El artículo 193 prescribe: «*Quien fuera de los casos previstos en el artículo anterior prive injustamente a otro de su libertad, será sancionado con reclusión de tres (3) a seis (6) años*».

Se trata del tipo básico de detenciones ilegales. La conducta típica es la misma que para el secuestro: privar a una persona de su libertad ambulatoria por cualquier medio. Ahora bien, para la comisión de este delito no es preciso que medie violencia, intimidación o engaño, ni se exige la persecución de alguno de los objetivos del secuestro.

Existe un tipo especial de detenciones ilegales en el artículo 196-A en los siguientes términos: «*Los hondureños que participen o colaboren en Honduras con organismos o autoridades extranjeras en la detención ilegal de connacionales para que sean juzgados en el extranjero por delitos cometidos dentro o fuera del territorio nacional, serán sancionados con reclusión de nueve (9) a doce (12) años. Si son funcionarios públicos la pena será de doce (12) a quince (15) años, más inhabilitación absoluta por el doble del tiempo que dure la reclusión*».

El ámbito subjetivo, activo y pasivo, de este delito está restringido a los hondureños (lo cual choca con la igualdad ante la ley, predicada por el artículo 61 de la CH). La acción típica es participar o colaborar, dentro del territorio nacional de Honduras, en la detención ilegal. Se exige un elemento tendencial: la finalidad de la detención debe ser la entrega de la víctima para que sea juzgada en el extranjero por algún delito (haya sido cometido dentro o fuera del territorio nacional).

D) Tráfico de personas

Por último, el Código Penal recoge un delito específico, como es el de traficar con personas para introducirlos ilegalmente en otro Estado. Se trata de un delito que intenta de dar respuesta al fenómeno de las migraciones ilegales, muchas de las cuales se realizan a través de mafias que se aprovechan de las condiciones de vida que padecen algunas clases sociales y de su esperanza de mejorarlas en terceros países.

En concreto, el artículo 195 prescribe:

«*Quien trafique con hondureños o personas de cualquier nacionalidad y origen, conduciéndolos o haciéndolos conducir por el territorio nacional, para introducirlos ilegalmente a otro Estado con cualquier propósito, será sancionado con reclusión de seis (6) a nueve (9) años*.

La sanción será incrementada en un tercio cuando los responsables del delito sean empleados o funcionarios públicos.

Si como consecuencia de la comisión de este delito los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecen por causas violentas, aunque sea en forma accidental, la pena a que se refiere el párrafo primero se incrementará en dos tercios».

En este punto hay que hacer una importante advertencia, y es que este delito requiere que el sujeto pasivo esté conforme con la acción de ser conducido e introducido en otro Estado; es más, muchas veces, pagará para que así ocurra. Si no existiera esa conformidad, estaríamos ante otro tipo de delito, de secuestro o de detención ilegal. Por ello, se pueden hacer objeciones a la ubicación sistemática de este precepto.

E) Agravantes comunes a los anteriores delitos

Tanto el secuestro, como la simple privación de libertad (art. 193), y también el tráfico de personas (art. 195), cuentan, en el artículo 194, con agravantes exclusivas y comunes a todos ellos, además de las señaladas en la parte general del Código. Son las siguientes:

- Víctima menor de edad, embarazada, discapacitada física o mentalmente o mayor de sesenta años.
- Privación de la libertad por más de veinticuatro horas.
- Realizado por persona que es o haya sido miembro de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional u organismo de investigación del Estado.
- Cuando se cometa simulando ser autoridad.
- Amenazas o trato cruel para la persona secuestrada.
- Aplicación de drogas o cualquier sustancia que anule o debilite la voluntad del secuestrado.

3. SUSTRACCIÓN DE MENORES

El delito de sustracción de menores está previsto en el Capítulo II, que contiene cuatro tipos distintos:

A) *Sustracción*. En el artículo 197 se castiga la sustracción de un menor de doce (12) años, por personas distintas de sus padres, con reclusión de seis (6) a ocho (8) años. La pena se rebaja de cuatro (4) a seis (6) años para el caso de que la sustracción afecte a un mayor de doce (12) y menor de dieciocho (18).

La acción consiste en la sustracción, con conocimiento por parte del sujeto activo de su falta de derecho para ello y de la edad del menor.

El tipo del artículo 197 es ley especial con respecto a la detención ilegal del artículo 193, pero cuando concurra la figura del secuestro, habrá de primar esta figura delictiva, de modo que en los casos de secuestro con rescate de un menor, se aplicará el artículo 192. En cierto modo, la sustracción de menores no es más que una detención ilegal cualificada; pero resulta incomprensible que, al no ser aquí aplicables las agravantes específicas del artículo 194 para la detención ilegal y el secuestro, pueda, a veces, ser tratada como una detención ilegal privilegiada.

B) *No presentación.* El artículo 198 dispone: «*En la misma pena establecida en el artículo anterior incurrirá quien hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición*».

En este tipo se castiga un delito de sospecha. La sospecha lo es de connivencia en la desaparición de un menor. El precepto es contrario al principio de culpabilidad y choca con la presunción de inocencia, siendo aquí reproducibles las consideraciones realizadas anteriormente al analizar un precepto similar encuadrado dentro del delito de raptó. En cualquier caso, su aplicación requiere de especial prudencia, evitando llegar a situaciones absurdas, como la señalada por Quintano, de considerar responsable al director de un colegio que no pueda dar explicaciones sobre un alumno desaparecido.

C) *Inducción al abandono.* El artículo 199 establece: «*Quien induzca a un menor de dieciocho (18) años a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su cuidado, será sancionado con reclusión de dos (2) a cuatro (4) años*».

En este caso la acción, ha de reunir los requisitos de la inducción, es decir, ha de ser directa y eficaz, de modo que si el menor estaba decidido al abandono, nadie podrá ser acusado de este delito. Ni siquiera aunque, tras aquella resolución previa, haya mediado un consejo, deliberación en común e incluso aprobación de la misma. Por el contrario, existirá el delito cuando el ánimo del menor estuviera más o menos predispuesto, pero no decidido.

D) *Entrega a establecimiento o persona no autorizada.* El artículo 200 castiga a «*quien teniendo a su cargo la crianza de un menor de dieciocho (18) años lo entrega a un establecimiento público o a otra persona sin el consentimiento de quien se lo hubiera confiado, o de la autoridad en su defecto, serán sancionados con reclusión de dos (2) a cuatro (4) años*».

Se diría que estamos ante una sustracción privilegiada. El autor del delito es precisamente la persona a quien se ha confiado la crianza de un menor de 18 años, lo que debería de conllevar un mayor reproche.

4. COACCIONES

A) Tipo básico

El delito de coacciones es considerado como el tipo básico de los delitos contra la libertad. El Código Penal las sitúa dentro del Capítulo V, bajo la rúbrica «Coacciones y amenazas» (art. 206). Comete este delito: «*Quien sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia, hacer lo que la ley no prohíbe, o lo compeliere a ejecutar lo que no quiera, sea justo o injusto, sufrirá reclusión de tres meses a dos años*».

En la descripción típica podemos distinguir cuatro elementos:

A) *Empleo de violencia*. El término violencia acompaña a los verbos nucleares de impedir o compeler. Aunque inicialmente la jurisprudencia estableció un criterio restrictivo, limitando la violencia a la fuerza física efectuada sobre el sujeto pasivo, posteriormente, ya durante el pasado siglo, rectificó esta posición, manteniendo hasta nuestros días un concepto amplio, comprendiendo tanto la violencia material (vis física) como la intimidatoria o moral (vis compulsiva), dirigida contra el sujeto pasivo, bien de modo directo, o indirecto, a través de terceras personas que fuercen la voluntad de aquél.

B) *Impedir hacer o compeler a efectuar*. En tanto el primer verbo es claramente de resultado, por lo que la consumación sólo ocurrirá si realmente una persona no puede hacer lo que quiere, el verbo compeler equivale a obligar o forzar, sin que incluya el éxito de tal acción en su significado, bastando que el sujeto se vea compelido a actuar en un determinado sentido.

El impedir hacer viene limitado a los casos en que la conducta obstaculizada no está prohibida por la Ley. Por el contrario, el compeler se sanciona, tanto si se pretende un acto justo como injusto, aunque este matiz debe pesar en las decisiones de los tribunales a la hora de imponer la adecuada pena.

C) *Relación de causalidad*. El no hacer o el sentirse compelido a efectuar, ha de ser consecuencia de la violencia, que ha de tener cierta intensidad.

D) *Finalidad de atentar contra la libertad*. La jurisprudencia, exige un ánimo tendencial de restringir la libertad ajena.

B) Realización arbitraria del propio derecho

El artículo 208 del Código Penal castiga con reclusión de tres meses a un año a «*quien con violencia se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella*».

El apoderamiento violento de cualquier bien mueble es considerado robo cuando se realice con ánimo de lucro (art. 217 del CP). Sin embargo, si no es ese el ánimo del sujeto activo, sino que el apoderamiento de la cosa obedece a la intención de hacerse pago con ella de un crédito frente al sujeto pasivo, el tipo aplicable no es el del robo sino una modalidad de las coacciones que se denomina «realización arbitraria del propio derecho», y que en algunos sistemas se tipifica dentro de los delitos contra la Administración de Justicia. Ello encajaría mejor con la declaración constitucional de que «ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho» (art. 70.II de la CH).

5. AMENAZAS

A) Tipo básico

El artículo 207 tipifica las amenazas del siguiente tenor: «*El particular que amenazare a otro con causar un mal a él o a su familia, en su persona, honra o propiedad, sea que constituya delito o no, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años, y además, a las medidas de seguridad que el juez determine*».

Amenazar significa, desde el punto de vista gramatical, dar a entender a otro con actos o palabras que se quiere hacerle algún mal. Jurídicamente el concepto es más restringido, al venir delimitado en un doble sentido: el mal puede referirse tanto al amenazado como a su familia, y ha de afectar a la persona, honra o propiedad, bienes entendidos en sentido amplio. Por consiguiente, puede definirse la amenaza, en sentido jurídico-penal, como la «exteriorización hecha por una persona a otra del propósito de causarle a él, o a su familia, una mal en sus personas, honra o propiedad» (Rodríguez Devesa).

El Código no distingue según que la amenaza sea de un mal que constituya delito o de un mal que no lo constituya, sin embargo, partiendo de la idea de la mayor gravedad de las primeras, esta circunstancia habrá de tenerse en cuenta por los Tribunales a efectos de graduar la pena a imponer.

B) Amenazas para obtener la confesión

El artículo 88 de la Constitución prohíbe ejercer violencia o coacción de cualquier clase sobre las personas para forzarlas a declarar. Y, como parte del desarrollo de este precepto constitucional, el artículo 209 del CP tipifica un supuesto particular del delito de amenazas, a caballo entre éstas y el específico delito de torturas, al prescribir: «*El agente de la autoridad, funcionario o empleado público que para obtener la confesión de ser responsable de determinado delito o con otro propósito similar amenaza con violencias físicas o morales a alguna persona, será sancionado con reclusión de tres (3) a seis (6) años e inhabilitación absoluta por un tiempo igual al doble del aplicado a la reclusión*».

Lo que caracteriza a este delito es, aparte de la condición del sujeto activo, que ha de ser autoridad, funcionario o empleado público, es, como elemento subjetivo, que la amenaza ha de realizarse con la finalidad de obtener una confesión o con otro propósito similar, lo cual nos da pie a introducirnos en el delito de torturas.

Las amenazas para obtener la confesión (con vulneración de derechos constitucionales: arts. 68 y 88), convierten la eventual detención del imputado en susceptible de amparo mediante hábeas corpus (arts. 182.1 CH y 13.1.b) de la Ley sobre Justicia Constitucional).

6. TORTURAS

Aunque el estudio del tormento, como medio para conseguir la confesión de los inculcados, debería quedar relegado a los libros de historia, la persistencia en las prácticas policiales de métodos violentos para la averiguación de la verdad, acredita que el procedimiento, aunque legalmente prohibido, sigue considerándose útil por algunas personas, sin que se haya conseguido todavía su desarraigo.

En el ámbito internacional, prohíben la tortura, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), y la Convención de la ONU contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (1984). En el ámbito nacional, la tortura está expresamente prohibida por el artículo 68 de la Constitución de la República de Honduras.

La tortura, según la define el artículo 1 de la Declaración hecha por el V Congreso de la ONU para la *Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente* (Ginebra, 1 de septiembre de 1975), es «todo acto de dolor o sufrimiento severo,

físico o mental, infligido a alguien intencionadamente, por un oficial público o por su instigación, dirigido a obtener información o confesión de aquél o de un tercero, a castigarle por algo que ha hecho o que se sospecha que ha perpetrado o a intimidar al mismo o a terceros». En parecidos términos se expresa el artículo 1 de la *Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes* aprobada por la Asamblea General de la ONU en resolución de 9 de noviembre de 1975.

El Código Penal de Honduras, con una redacción acorde al concepto expuesto, opta por encuadrar las torturas dentro del capítulo dedicado a las coacciones y amenazas, si bien tiene aspectos que lo diferencian claramente de estos otros delitos, dotándole de una especificidad propia. En concreto, el artículo 209-A, prescribe:

«Comete tortura el empleado o funcionario público, incluidos los de instituciones penitenciarias o de centros de protección de menores que, abusando de su cargo y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la somete a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con reclusión de diez (10) a quince (15) años si el daño fuera grave, y de cinco (5) a diez (10) años si no lo fuere, más inhabilitación absoluta por el doble del tiempo que dure la reclusión.

Las penas anteriores se entenderán sin perjuicio de las que sean aplicables a las lesiones o daños a la vida, integridad corporal, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero.

Cuando el delito de tortura sea cometido por particulares, se disminuirán en un tercio las penas previstas en el párrafo primero de este artículo».

Se trata de un delito que se caracteriza por lo siguiente:

A) *Sujetos activos.* Autores de este delito pueden ser los empleados o funcionarios públicos, incluidos los de instituciones penitenciarias o de centros de protección de menores. Estamos ante un delito de «propia mano» en el que, en todo caso, la acción típica debe ejecutarse con abuso del cargo, lo que equivale a que la autoridad o funcionario en cuestión debe encontrarse en el ejercicio de sus funciones.

El delito también pueden cometerlo particulares, a instigación de los empleados o funcionarios públicos, y en tal caso se reducen considerablemente las penas para los primeros.

B) *Conducta típica*. Consiste en someter al sujeto pasivo a condiciones o procedimientos que le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. Todo ataque o atentado a la integridad moral es delito, aunque la penalidad será distinta en función de la gravedad del daño ocasionado. Es, como se ve, un delito de resultado: exige la producción de un daño efectivo, y evaluable como grave o no.

C) *Ánimo tendencial*. El delito requiere la específica finalidad de obtener una confesión o información, o castigar por un hecho cometido o que se sospeche que ha cometido el sujeto pasivo. Ésta última modalidad es la llamada tortura vindicativa, consistente, por ejemplo, en el dolor o sufrimiento físico infligido al delincuente preso, no exigido por el régimen penitenciario, con la finalidad de agravar su penalidad.

D) *Concurso*. Es de destacar la regla concursal del segundo párrafo que, expresamente, determina que el delito de torturas entrará en concurso real con los otros delitos cometidos contra la vida, integridad corporal, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero. Esta regla concursal especial excluye la aplicación de las normas generales del artículo 37 del CP.

Lección 4: Delincuencia patrimonial: robo, extorsión, chantaje, hurto, usurpación, estafa y fraude. Esquemas generales, principales problemas, diagnóstico diferencial.

El Código Penal de Honduras rubrica el Título VII del Libro II «Delitos contra la propiedad», comprendiendo los artículos 217 a 264. A lo largo de sus doce capítulos, en el mencionado Título VII se tipifican los siguientes delitos:

- Capítulo I: Robo (arts. 217 a 221).
- Capítulo II: Extorsión y chantaje (art. 222).
- Capítulo III: Hurto (arts. 223 a 226).
- Capítulo IV: Usurpación (arts. 227 a 231).
- Capítulo V: Insolvencia punible (arts. 233 a 239).
- Capítulo VI: Estafas y otros fraudes (arts. 240 a 243).
- Capítulo VII: Usura y agiotaje (arts. 244 a 247).
- Capítulo VIII: Delitos contra propiedades especiales (arts. 248 a 253).
- Capítulo IX: Daños (arts. 254 a 255).
- Capítulo X: Incendio y otros estragos (arts. 256 a 259).
- Capítulo XI: Juegos (arts. 260 a 262).

El último de los capítulos contiene en el artículo 264 como disposición general una excusa absolutoria, que analizaremos al final de la exposición.

El término «propiedad» es censurado por la doctrina, por cuanto los delitos comprendidos bajo este epígrafe no siempre lesionan el derecho de propiedad, sino que, en ocasiones, atacan a la posesión, o a la mera tenencia de las cosas, o a los derechos reales en general, e incluso a bienes jurídicos distantes, como en el caso de los delitos relacionados con los juegos prohibidos. Por ello, la doctrina se inclina por el epígrafe «delitos contra el patrimonio»; aunque junto a los intereses patrimoniales vienen en juego otros como, por ejemplo, la vida (robo con violencia) o la libertad (extorsión y chantaje).

Una característica general de estos delitos es la vinculación de muchos de los términos usados en este título con el derecho privado, incluyéndose elementos normativos extrapenales dentro de los tipos, como es el caso de «cosa mueble» o «inmueble», «derecho real», «depósito», «comisión», «comerciante», «concurso» o «quiebra», tema vinculado al problema de la autonomía o accesoriedad del Derecho

Penal⁽⁸⁸⁾, respecto del cual no pueden darse reglas generales, en cuanto habrá de ser resuelto por el intérprete en cada caso.

Seguiremos en la exposición la sistemática del Código, que utilizando un punto de vista axiológico o valorativo, regula primero el delito de apoderamiento más grave (el robo), después la extorsión y chantaje, seguidamente el tipo más simple de desposesión (el hurto), y a continuación los demás delitos recogidos en este Título. El robo y el hurto comparten numerosos elementos típicos (como son el bien jurídico protegido, los sujetos activos y pasivos, el objeto material, el elemento subjetivo, y parte de la conducta típica, como el momento de consumación), por lo que se analizarán con más detalle al estudiar el robo, y, en el hurto y en los sucesivos tipos, sólo se hará referencia a las especialidades que se presenten. Teniendo en cuenta además la diferente importancia cuantitativa y cualitativa de cada delito, se hará un análisis más o menos profundo al abordarlos, examinando los problemas particulares y la casuística que se plantean en ellos.

(88) Nos referimos a la polémica sobre cómo deben ser entendidos dichos conceptos: si en el sentido originario que ostentan en el Derecho privado limitándose el Derecho Penal a sancionarlos (*teoría sancionatoria del Derecho Penal*); o bien de modo independiente, con un significado distinto al que tienen en las otras ramas del derecho (*teoría de la autónoma del Derecho Penal*).

Capítulo I. Robo

El delito de robo aparece definido en el artículo 217 del Código Penal, según el cual:

Comete el delito de robo quien se apodera de bienes muebles ajenos, los animales incluidos, empleando violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas.

Se equipara a la violencia contra las personas el hecho de arrebatarse por sorpresa a la víctima la cosa que lleva consigo o el uso de medios que debiliten o anulen su resistencia.

El Código recoge las dos modalidades comisivas clásicas del delito de robo: la violencia o intimidación en las personas y la fuerza en las cosas. Sin embargo, ello no se traduce posteriormente en una distinta penalidad para sendos delitos. Efectivamente, el artículo 218 prevé para el culpable de robo una pena única, de cinco (5) a nueve (9) años de reclusión, estableciendo dos subtipos agravados y uno atenuado, con diferentes penas para el caso de que el robo recaiga sobre vehículos automotores terrestres, naves aéreas o buques (de 10 a 15 años), sobre ganado mayor (de 7 a 10), o sobre ganado menor (de 3 a 7), constituyendo agravante específica del delito el robo de tres o más cabezas de ganado mayor o menor.

El empleo de violencia o intimidación en las personas supone una mayor peligrosidad que la fuerza en las cosas, y por tanto un mayor desvalor de acción, por lo que debería ser tenido en cuenta por los Tribunales, al menos para individualizar la pena conforme a los criterios del artículo 69 del Código, dentro del amplio margen que la ley concede.

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido en el delito de robo es la propiedad de las cosas muebles, no el derecho de propiedad mismo —que mientras subsista la cosa sigue perteneciendo a su titular—; lo que se protege es el contenido jurídico y económico de dicho derecho de propiedad (el poder de señorío o conjunto de facultades que constituye la propiedad). De ahí que el propietario será siempre el sujeto pasivo,

nunca el sujeto activo del robo (puede incurrir en figuras de estafa o de coacciones, pero no en robo).

Hay quienes consideran que, más ampliamente, se protege la posesión de cualquier origen y aun la mera tenencia, o la pacífica posesión de la cosa mueble. Sin embargo, parece que la posesión se tutela de modo indirecto, como consecuencia precisamente de la protección de la propiedad. De hecho, si se produce un segundo apoderamiento de una cosa mueble, detrayéndola del que, a su vez, la había robado a su titular, el perjudicado sigue siendo éste último. Y, a partir del texto legal —que es desde donde ha de llevarse a cabo la determinación del bien jurídico— resulta que en el mismo se habla de la «ajenidad» del bien mueble robado (art. 217) y en el hurto se refiere el Código al dueño como sujeto pasivo del delito (art. 223).

En el caso del delito de robo con violencia o intimidación, nos encontramos ante un delito complejo, pluriofensivo, que protege además la libertad y la seguridad de las personas (o incluso la integridad física, o la salud o la vida del sujeto pasivo), pero el tratamiento que da el legislador a la hora de fijar la pena es el mismo en ambos casos.

2. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Sujeto activo del delito de robo puede ser cualquiera, excepción hecha del dueño de la cosa. Se plantean interesantes cuestiones en cuanto a la participación. En principio, se resolverán por las reglas de los artículos 32 y 33 del CP, siendo posible considerar coautores en el delito de robo tanto a la persona que físicamente se apodera de la cosa, como a los que hacen uso de la fuerza o de la violencia o intimidación, o incluso despliegan otro tipo de actividad relevante, siempre que actúen de acuerdo. Por ejemplo, siguiendo las teorías del dominio del hecho o de la importancia o escasez de las aportaciones efectuadas por cada interviniente, se han considerado coautores en sentido propio o en su caso cooperadores necesarios a los que, existiendo concierto previo, se han repartido los papeles para realizar funciones de vigilancia en el exterior mientras los demás partícipes penetran a robar en una casa, o al que espera en un automóvil en marcha a los que entran a atracar un banco para darse a la fuga inmediatamente después, o a quien distrae a la víctima para que otro le sustraiga la cartera o el bolso, etc.

Sujeto pasivo será el propietario de la cosa, que con la desposesión ve limitadas sus facultades dominicales (si se opta por la posesión como bien jurídico protegido, lo será precisamente el poseedor, aunque sea accidental o mero detentador).

3. OBJETO MATERIAL

El Código exige que se trate de «bienes muebles ajenos», lo que exige determinar el contenido de cada uno de tales vocablos.

A) Concepto de bien

El concepto penal de «bien» no coincide exactamente con el civil; así, penalmente ha de entenderse como toda cosa u objeto material, valuable en dinero, aprehensible y transportable; es decir, susceptible de apoderamiento. Ha de tratarse, por tanto, de cosas corporales. Los derechos inmateriales tendrán otro tipo de protección (delitos contra la propiedad intelectual e industrial por ejemplo) o, en caso contrario, su apoderamiento será atípico.

B) Concepto de mueble

El carácter de «mueble» se refiere a su sentido más descriptivo y funcional, esto es, a la posibilidad de su traslado. Por ello, tampoco coincide exactamente con el concepto civil, porque los bienes inmuebles por destino o incorporación según el Derecho Civil (frutos pendientes, árboles, estatuas u ornamentos adosados a los edificios, etc.) son susceptibles de aprehensión, y por tanto del delito de robo, y en general, de los demás delitos de apoderamiento. El artículo 217 incluye expresamente los animales, que pertenecen civilmente a la categoría intermedia de semovientes, pero cuya referencia no era estrictamente necesaria, por cuanto son claramente bienes muebles a estos efectos. Hay que añadir que en el caso del hurto, el artículo 223, último párrafo, equipara a la cosa mueble «la energía eléctrica, el espectro radioeléctrico y las demás clases de ondas o energía en los sistemas telefónicos, televisivos, facsimilares de computación o cualquiera otras que tenga valor económico».

C) Concepto de ajenidad

El bien mueble ha de ser, además, «ajeno». Este concepto es un elemento normativo del tipo, que se caracteriza por dos notas negativas: un bien es ajeno cuando no es propio y cuando no es susceptible de ocupación (STS 661/1993, de 25 de marzo).

La condición de dueño en la persona que se apodera del bien que legalmente se encuentra en poder de otro, podrá suponer, en su caso, la calificación del hecho como coacciones, daños o estafa, pero no como robo ni hurto.

La exigencia de que el bien no sea propio suscita importantes problemas en los casos de copropiedad o condominio. La opinión tradicional entiende que no hay delito porque la cosa no es ajena (Carrara, Groizard). Otros sostienen la tesis contraria sobre la base de que hay un apoderamiento de cuotas ajenas en cuanto pertenecientes a los otros condueños, consocios o coherederos (Viada, Cuello Calón). Una tercera postura (Quintano, Rodríguez Devesa) opta por distinguir entre los dos tipos de comunidad: Si se trata de una copropiedad de inspiración romana, por cuotas, al existir una división ideal de la cosa, la sustracción de la misma supone cometer delito de robo (o de hurto) por la incorporación al patrimonio del autor de las cuotas o partes ajenas. Incluso algún autor (Muñoz Conde) defiende, quizá en una interpretación demasiado «extensiva», que también hay delito aunque sólo se apodere de la cuota que le corresponde antes de producirse la división, pues con ello se perjudica el valor económico del todo. Si se trata en cambio de copropiedad germánica o en mano común, al ser toda la cosa propiedad de todos no podría hablarse de cosa ajena, ni siquiera parcialmente, por lo que resulta difícil calificar el apoderamiento como robo (o hurto). El Código de todas formas, no prevé expresamente estos supuestos de copropiedad.

Se exige, además, que los bienes no sean susceptibles de adquirirse legítimamente por ocupación. Las cosas abandonadas (*res derelictae*), las cosas sin dueño (*res nullius*) y las cosas de todos (*res communes omnium*), no pueden ser objeto de delito, por cuanto la propiedad de las mismas corresponderá legítimamente a cualquier persona que las tome (STS 661/1993, de 25 de marzo). En todo caso, el abandono no se presume, y deberá ser probado por quien lo alegue.

Por lo que atañe a las cosas *extracommertium*, sobre las que no existe un derecho de propiedad lícito (drogas, especies protegidas, etc.), el Tribunal Supremo español ha apreciado la existencia de delito (de robo o de hurto) tratándose de drogas, en cuanto es materia susceptible de propiedad, aunque ésta titularidad sea ilegítima (SSTS de 21 de junio de 1982 y 26 de enero de 1984); y en caso de especies animales protegidas (STS 661/1993, de 25 de marzo).

Los supuestos relativos a la apropiación de las cosas perdidas —que no son lo mismo que abandonadas— se califican de hurto (art. 223.2), por lo que se expondrán posteriormente.

D) Valuable económicamente

Además de los tres requisitos anteriormente expuestos, la doctrina española ha venido exigiendo que el bien mueble y ajeno sea valuable económicamente. Se podría discutir, desde esta perspectiva, si las cosas que sólo tengan un valor afectivo

o sentimental, pueden ser o no objeto de robo (o hurto), o lo serían de coacciones o daños.

En el Código Penal hondureño no se exige en el tipo que el bien tenga un valor concreto, y, todo valor afectivo o sentimental bien puede traducirse en un valor moral evaluable económicamente, aunque sea con un valor mínimo y simbólico, por lo que, desde un punto de vista práctico es posible calificar esos hechos de robo o, en su caso, de hurto.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

Estos delitos se cometen únicamente de forma dolosa; dolo que debe abarcar tanto el conocimiento de la ajenidad del bien, como la representación de la voluntad contraria del dueño. Además, como en todos los delitos de enriquecimiento, la doctrina ha exigido un elemento subjetivo, constituido por el ánimo de lucro.

Lo cierto es que en la descripción típica que el artículo 217 hace sobre el delito de robo, y el artículo 233 sobre el hurto, no se incluye expresamente ese ánimo de lucro, quizás porque lo importante de estos delitos es la acción depredatoria o de apoderamiento; ello no obstante, no podemos olvidar que el robo es un delito de enriquecimiento, y eso es precisamente lo que sirve para diferenciarlo, en algunos supuestos, del delito de daños, en el que no existe ese elemento.

La interpretación de ese ánimo de lucro ha de ser amplia, entendiendo como tal cualquier provecho, beneficio, ventaja o utilidad, incluso altruista o meramente contemplativa, para sí o para un tercero⁽⁸⁹⁾. Con nitidez señala la STS 50/2005, de 28 de enero, que el ánimo de lucro «comprende cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que pueda percibir el propio autor del delito o un tercero». Y, la STS 1219/2004, de 10 de diciembre, recuerda que «el concepto lucro, más amplio que el de enriquecimiento, abarca no solo la ganancia o beneficio de índole económico, sino cualquier otro, para sí o para terceros, equivalente genéricamente a cualquier ganancia o provecho que se saca de algo, incluso no patrimonial. Esto es cierto y así se ha entendido en relación con los delitos contra el patrimonio, donde el ánimo de lucro constituye ingrediente típico de los mismos, bastando que el autor se apodere

(89) Así, por ejemplo, el apoderamiento de una obra de arte, si concurren el resto de requisitos, será punible, ya se persiga su posterior venta con provecho económico (momento que se encontraría más allá de la consumación, y entraría ya en la fase de agotamiento del delito), la donación a un tercero, o incluso un puro deseo contemplativo, colgándolo en el propio domicilio del autor del delito.

de las cosas ajenas para su satisfacción personal, como puede ser la contemplación de una obra pictórica o incluso para satisfacer un deseo de venganza o un perjuicio moral al despojado». Esta formulación del ánimo de lucro permite diferenciar los delitos de enriquecimiento (robo, hurto, estafa, etc.) de los delitos de daños.

Dicho ánimo ha de inferirse de las circunstancias, pero se presume en los apoderamientos de bienes ajenos; el ánimo de lucro está ínsito en el propio apoderamiento (*presumptio hominis*), salvo que se acredite otra intención de diferente signo, como la de dañar, el ánimo de vejar o gastar una broma, o incluso el ánimo de hacerse pago (en este último caso, quien sustrae la cosa perteneciente a su deudor para cobrarse lo debido cometerá coacciones). A veces, sin que se haya procedido al apoderamiento de ningún bien, puede inferirse dicho ánimo de los hechos indiciarios⁽⁹⁰⁾.

Hay que analizar también la cuestión de si el ánimo de lucro exige una intención de apoderamiento definitivo del bien, o si incluye, y por tanto también constituiría delito de robo o de hurto, la mera utilización temporal del mismo. En otros sistemas (como el español y el alemán, no en cambio en el francés), existen unos tipos específicos atenuados para los casos de los llamados robo y hurto de uso (o utilización ilegítima), como, por ejemplo, en el caso de vehículos de motor en los que el ánimo no es de apropiación definitiva, sino de utilización temporal. En el vigente

⁽⁹⁰⁾ La STS 327/2000, de 7 de julio, dio como probado el ánimo de lucro de los acusados y el propósito de apoderamiento de los objetos de valor que encontraron, a partir de los siguientes datos: penetración de los acusados mediante escalamiento en casa deshabitada, por un agujero practicado a unos tres metros del suelo; y descerrajamiento de una puerta que daba acceso a un patio común al inmueble invadido y a otro contiguo. Tales hechos, dice el Tribunal Supremo, «no podían obedecer a otra finalidad que a la del apoderamiento de objetos de valor existentes en una u otra casa, sin que fuese lícita tampoco la intención de recoger chatarra que manifestaron los acusados en el juicio oral, puesto que ello supondría la aprehensión de elementos muebles pertenecientes al dueño de la casa deshabitada». Otro ejemplo lo encontramos en la STS 1506/2001, de 20 de julio: el acusado fue detenido en el interior de un hotel y condenado por robo; su versión de los hechos era que entró en el hotel, no para llevarse nada, sino simplemente para dormir. Tal versión se rechazó con los siguientes argumentos: «1.º Habiendo procedimientos más favorables para poder dormir, extraña mucho que una persona fuerce una ventana para acceder al salón de un hotel. 2.º Cuando llegó la policía local no estaba intentando dormir (ni dormido) sino oculto debajo de una mesa. 3.º Llevaba consigo unas tijeras (tres pares), instrumentos idóneos para el forzamiento propio de esta clase de robos. 4.º Si era ésa su intención (dormir) parece lo más adecuado que lo hubiera dicho enseguida a la policía o en el juzgado, lo que no hizo, pues se negó a declarar. Deducir de tales hechos completamente acreditados que el acusado entró en el hotel con ánimo de apropiarse de lo que de valor allí pudiera encontrar (ánimo de lucro) es conforme a las reglas del criterio humano: hubo un uso correcto de la prueba de indicios para tener por acreditado tal elemento del tipo del delito de robo».

Código Penal de Honduras dichos tipos no se recogen. Actualmente habrá que incluir estas conductas, por tanto, en el robo o hurto comunes, teniendo en cuenta además que si el objeto material es un vehículo automotor terrestre, constituye un subtipo agravado según los artículos 218, párrafo segundo y 224, párrafo segundo.

En el caso de que el apoderamiento violento se realice, no con ánimo de lucro, sino para hacerse pago el sujeto activo de un crédito que mantiene frente al sujeto pasivo, nos encontraríamos ante el tipo muy privilegiado respecto del robo previsto dentro de las coacciones en el artículo 208, que se denomina en la doctrina «realización arbitraria del propio derecho», y que en algunos sistemas se tipifica dentro de los delitos contra la Administración de Justicia.

5. CONDUCTA TÍPICA

La conducta típica consiste en «apoderarse», «arrebatar» (robo) y «tomar» (hurto). Las tres expresiones describen una estructura compleja desarrollada en distintos momentos, desde el tocamiento o contacto con la cosa, pasando por su aprehensión, hasta el apoderamiento o apropiación.

En la determinación del momento consumativo se enfrentan dos tesis extremas: la que sostiene que con *tocar* el bien o con *cogerlo* se consuma ya el delito (*contrectatio*) y la opuesta que requiere el *efectivo dominio* sobre el bien (*illatio*). Una tercera tesis intermedia fija el momento consumativo en la *disponibilidad* del bien. Esta última es la aceptada por la jurisprudencia española, señalando que el momento consumativo en los delitos de robo y hurto es aquel en que el infractor ha tenido la libre disponibilidad del bien, siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración (p. ej., STS de 25 de octubre de 1994). Se reconoce así, en estos delitos, una consumación anticipada, siendo innecesario el logro del lucro o fin de aprovechamiento, y radicando el paso de la tentativa a la consumación en el hecho de la disponibilidad de la cosa sustraída, que ha de interpretarse, más que como real y efectiva disposición —que supondría la entrada en la fase de agotamiento— como ideal o potencial capacidad de disposición, o de realización de cualquier acto de dominio material sobre ella (STS 2955/1993, de 27 de diciembre). Un buen resumen de la doctrina jurisprudencial española al respecto lo encontramos en la STS 1502/2003, de 14 de noviembre:

La jurisprudencia de esta Sala (sentencia 349/2001, de 9 de marzo), ha distinguido los distintos momentos que cabe apreciar en el apoderamiento del robo, o en el tomar las cosas ajenas del hurto: a) la «*contrectatio*» que supone el tocamiento o contacto con la cosa; b) la «*aprehensio*» o aprehensión de la cosa; c) la «*ablatio*», que implica la separación de la cosa del lugar donde se halla; y d) la «*illatio*» que significa el traslado de la *res furtiva* a un lugar que permita la disponibilidad de la misma; llegando la jurisprudencia de esta Sala a la conclusión de que los delitos de apoderamiento, y entre ellos, por tanto, los robos violentos, quedan

consumados cuando se alcanza la disponibilidad de las cosas sustraídas; disponibilidad que pueda ser momentánea o fugaz y basta que sea potencial (SS. de 25 de septiembre de 1981, 27 de abril de 1982, 30 de enero de 1984, 7 de mayo y 2 de noviembre de 1992, 196/1994 de 8 de febrero y 1077/1995 de 27 de octubre).

Obsérvese que basta la mera posibilidad de disponer para que quepa hablar de disponibilidad del bien; y, por ello, es suficiente que el agente pueda ocultar la cosa, destruirla, consumirla o menoscabarla, aunque no llegue a hacerlo, para que haya la disponibilidad que caracteriza la consumación⁽⁹¹⁾.

Si el autor consigue entrar en el lugar donde se encuentra el bien (por ejemplo en la casa, en el automóvil), pero no logra apoderarse del mismo, nos encontraremos ante el delito en el grado de tentativa conforme al artículo 15 del Código (se han realizado actos inequívocos de ejecución con la intención de cometer el delito, pero no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente). Sin embargo, la mera aproximación a dicho lugar, incluso aunque pudiera probarse el ánimo de sustraer en él, no supone aún la ejecución de actos inequívocamente típicos (son actos preparatorios impunes), por lo que no constituiría ni robo ni hurto. Pero si ya ha habido apoderamiento, estamos ante el delito consumado conforme al artículo 14 del Código Penal, al concurrir todos los elementos de su tipificación legal, porque se han realizado todos los actos ejecutivos, aunque no haya podido disponer definitivamente de la cosa, fase que entra ya en el grado de agotamiento del delito (por ejemplo, en la práctica de Honduras se considera consumado el delito cuando el autor es detenido *in fraganti* con el bien al salir del lugar del hecho).

En caso de aplicación de delito continuado (artículo 37 del CP) con fundamento en una pluralidad de hechos, unos consumados y otros en grado de tentativa, se aprecia un único delito continuado consumado. En materia probatoria, hay que tener en cuenta que según la jurisprudencia española, la mera ocupación de objetos robados no constituye, por sí misma, sin otros indicios, prueba indirecta suficiente de ser el tenedor autor del robo, siempre que sea posible sostener otra versión razonable y verosímil más favorable para la persona a quien se ocupan dichos objetos. Se trata de evitar los supuestos de «irrazonabilidad», o «carácter excesivamente abierto» de la inferencia, lo cual no significa que no se pueda

⁽⁹¹⁾ La jurisprudencia española es restrictiva en cuanto a qué debe entenderse por disponibilidad y, así, «en los supuestos de persecución, el depredador perseguido no consigue la disponibilidad, ni el delito de apoderamiento llega a consumarse si la persecución fue ininterrumpida, sin haber sido perdidos de vista en ningún momento los autores del hecho fugitivos. En los supuestos de sustracciones en un local no se consigue la disponibilidad, ni se alcanza la consumación del delito o apoderamiento, mientras el autor del apoderamiento no sale del local con las cosas sustraídas» (STS 1502/2003, de 14 de noviembre).

condenar al autor de un robo por prueba indiciaria o indirecta, pero hace falta una pluralidad de indicios, acreditados directamente y que lleven a la conclusión de su culpabilidad como inferencia lógica y natural. La proximidad espacial al lugar donde se perpetró la depredación, la proximidad temporal, la tenencia de todos o algunos de los objetos robados y la falta de una explicación verosímil sobre tal tenencia son, muchas veces, elementos indiciarios suficientes para fundar una condena.

6. MEDIO EMPLEADO

El tipo básico del robo se comete cuando en el apoderamiento se ejecuta empleando violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas

A) Robo con violencia en las personas

La violencia física (*vis absoluta*), se refiere a arrebatar, arrancar o tomar por la fuerza el bien, concurriendo en todos los casos en que existe un maltrato físico a las personas, aunque sea de escasa entidad (constituyen «violencia» los empujones, golpes, forcejeos, bofetadas, tirones, etc).

El Tribunal Supremo español incluye también la llamada violencia «impropia», como el suministro de narcóticos, anestésicos, etc., para despojar a la víctima de sus pertenencias, aunque la mayor parte de la doctrina se muestra en contra, por exigir violencia propia y directa. En el Derecho Penal hondureño no se plantea este problema ya que ha sido el propio legislador quien, con muy buen criterio, ha equiparado a la violencia «*el uso de medios que debiliten o anulen*» la resistencia de la víctima (art. 217.II del CP).

No es preciso en modo alguno que se cause lesión a la víctima; si se produce un resultado lesivo, habrá que calificarlo separadamente en concurso real con el robo, conforme a la gravedad que revista. No se califica independientemente como falta el puro maltrato de obra sin lesión, pues queda absorbido por la violencia que califica el robo. Tampoco es indispensable que la violencia recaiga precisamente sobre el dueño del bien sustraído. Lo relevante es que los actos violentos tengan la finalidad de facilitar el apoderamiento de la cosa mueble, aunque se realice sobre el acompañante de la víctima, o sobre un tercero que acude a auxiliarla.

La violencia típica en el robo tiene que tener una relación de medio a fin con el apoderamiento (el artículo 217 dice: «*quien se apodera... empleando violencia...*»), pero también se califica de robo violento (y no de hurto en concurso real con falta de malos tratos o lesiones), el frecuente caso del hecho que comienza siendo un hurto —como el tomar la cosa al descuido—, y al apercebirse la víctima de lo que sucede e

intentar evitarlo forcejea con el autor; o incluso el supuesto en el que la violencia se emplea frente a terceros para conseguir darse a la fuga con lo sustraído, etc. La STS 1502/2003, de 14 de noviembre, señala que «si surgen o sobrevienen la violencia o la intimidación antes de conseguirse la disponibilidad sobre los objetos sustraídos y de alcanzarse la consumación del delito de apoderamiento, la violencia y la intimidación se integran con el apoderamiento y transmutan el hurto o el robo con fuerza en robo violento».

Cuando en el robo se emplea violencia o intimidación se produce normalmente una carencia de libertad momentánea, o incluso relativamente prolongada de la víctima, que queda absorbida por el robo. Sin embargo, cuando la duración de esa privación de libertad es excesiva, hay que plantearse si surge con carácter independiente —y normalmente en régimen de concurso ideal—, un delito de detención ilegal (conforme al artículo 193 del Código). En estos casos, la jurisprudencia española (véanse las SSTS 1107/2000, de 23 de junio y 1790/2000, de 22 de noviembre) sostiene que existe un plus de antijuridicidad que desborda la inicial lesión del bien jurídico de la propiedad, afectando al derecho a la libertad deambulatoria por un tiempo más allá del necesario para consumar el robo, por lo que habrá que calificar la detención en concurso con el robo: concurso ideal si fue el medio para cometerlo, o real si se produce después del mismo (por ejemplo, si se deja encerrada a la víctima para asegurar la huida del autor).

Por otro lado, si hay varios coautores, pero únicamente uno o algunos de ellos emplean la violencia, todos responden por el delito de robo. En los casos de coautoría, en los que conste el concierto previo sobre el apoderamiento, pero se acredite suficientemente que en el curso de los hechos se ha producido un exceso sobre ese acuerdo previo común (por ejemplo un coautor hiere intencionadamente a la víctima), podríamos discutir si por exigencias del principio de culpabilidad habría que acusar del resultado lesivo únicamente al autor material de la lesión, respondiendo los demás por el delito de robo violento. Sin embargo, en los casos dudosos, el Tribunal Supremo español ha considerado suficiente que los coautores no excluyeran *a priori* todo riesgo para la vida o integridad corporal de las personas, es decir que el resultado lesivo entrara dentro de las previsiones de aquellos y lo admitieran de modo más o menos implícito (máxime si conocían que se iban a emplear armas o medios peligrosos), para extender a todos el resultado de lesiones o incluso de muerte, a título como mínimo de dolo eventual. La STS 1502/2003, de 14 de noviembre, bien claro señala que, en un robo violento, «respecto a la comunicabilidad del uso del arma a los partícipes, es igualmente procedente».

En el apartado segundo del mismo artículo 217, se equipara por expreso deseo del legislador a la violencia contra las personas «*el hecho de arrebatarse por sorpresa a la víctima la cosa que lleva consigo*», teniendo en cuenta que sin esta

previsión legal, los casos en que primara claramente la habilidad sobre la violencia, habría que calificarlos como simple hurto. Hay que destacar, sin embargo, que el propio verbo empleado («arrebatar») ya incorpora un matiz violento, por lo que de todos modos parece que habrá que exigir un mínimo de violencia para calificar de robo, que se produce claramente en los casos de los llamados «tirones» en los que el autor arranca de forma sorpresiva la cartera, el collar o cadena, o los pendientes que lleva encima una mujer que camina por la calle.

B) Robo con intimidación en las personas

La intimidación (*vis compulsiva o psíquica*) es el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente de suficiente entidad para vencer la voluntad contraria del sujeto contra el que se dirige. Tiene por objeto atacar la libertad de decisión del sujeto pasivo (se la denomina «fuerza perturbadora del espíritu»), que se ve obligado a tolerar el desapoderamiento en contra de su voluntad, sin oponer reacción, o incluso entregando él mismo el bien. No es problemática la diferencia entre violencia e intimidación, pero sí cuál ha de ser el límite mínimo de ésta, y si ha de considerarse con criterios objetivos o subjetivos. El Tribunal Supremo español considera que la intimidación tiene un fuerte componente de subjetividad, de modo que lo relevante no es tanto la naturaleza del acto con el que se intimida, cuanto el hecho de que inspire realmente temor, angustia, inquietud o desasosiego en el destinatario, aunque hay que exigir un mínimo de idoneidad o significación intimidatoria objetivas (en los casos dudosos conviene preguntar directamente a la víctima si se sintió atemorizada, y por qué motivo, con el fin de dejar sentado este extremo ya durante la instrucción; pero sobre todo en el mismo juicio oral, para que pueda quedar suficientemente probado). Se trata de un elemento que ha de valorarse en el caso concreto de una forma circunstancial, atendiendo a las condiciones y situación de autor y víctima, de tiempo, lugar, y cualesquiera otros datos fácticos de razonable valoración. Son suficientes las palabras o incluso actitudes o gestos amenazantes o conminatorios, sin necesidad de empleo de medios físicos ni menos aún de exhibición de armas.

En el caso de que, no obstante la existencia de intimidación objetiva, el sujeto pasivo se niegue a la entrega de la cosa —aunque hay doctrina que defiende en tales casos la concurrencia de un concurso entre hurto intentado y amenazas— la jurisprudencia considera que se da un delito de robo con intimidación en grado de tentativa (el sujeto activo ha dado comienzo a la ejecución del delito, pero no ha practicado todos los actos necesarios para su consumación por causas ajenas a su voluntad, como son el valor o la resistencia psicológica de la víctima). Sólo en el caso de que la intimidación fuera ridícula o inadecuada para atemorizar a una «persona media» habría que acudir al delito menos grave de hurto.

La diferencia entre el delito de robo con intimidación y el delito de extorsión del artículo 222.1, cuando se trata de las llamadas amenazas condicionales lucrativas, que se efectúan bajo la condición de la entrega de un bien mueble ajeno, consiste en el elemento cronológico. En el robo, tanto el mal con el que se conmina, como la exigencia de entrega de la cosa, son inmediatas a la acción, mientras que en las amenazas hay un espacio de tiempo entre la conminación y la ejecución del mal y dicha entrega. La diferencia de pena, está justificada porque es ciertamente más grave exigir la entrega inmediata, que dejar al sujeto pasivo un lapso de tiempo, durante el cual podría recuperar su libertad de decisión y prepararse incluso para la defensa de su patrimonio.

Cuando se produce una única situación de violencia o intimidación, pero son varios los sujetos pasivos a quienes se les sustraen bienes (por ejemplo, en un atraco a un establecimiento comercial, los autores se apoderan del dinero de la caja, y de las pertenencias de los empleados y clientes que allí se encuentran), se aprecia un solo delito de robo.

Por otro lado, el artículo 37 del Código Penal no excluye la posibilidad de aplicación del delito continuado, que precisamente está previsto para los delitos contra la propiedad. El Tribunal Supremo español considera que no es aplicable a los delitos de robo con violencia o intimidación, por cuanto el Código español excepciona el delito continuado en «las ofensas a bienes eminentemente personales», y como se ha señalado anteriormente, estos robos suponen también un ataque a la libertad y seguridad de las personas.

C) Robo con fuerza en las cosas

En el delito de robo en el que se emplea fuerza se castiga la mayor gravedad que supone, respecto del hurto, el violentar los mecanismos de protección que preservan los bienes: es éste un ataque más intenso a la propiedad. El artículo 217 habla de emplear «fuerza en las cosas», sin efectuar posteriormente una descripción del término «fuerza» a efectos jurídico-penales, por lo que deberá ser labor del intérprete el deslindar el concepto normativo del puramente gramatical. La STS de 31 de marzo de 1981 nos ofrece una aproximación al concepto penal de fuerza: «todo apoderamiento de dinero, efectos o bienes muebles ajenos que se realicen violentando, forzando, empleando el esfuerzo humano, directa o mecánicamente ayudado, para dolosamente quebrantar aquellas protecciones de cierre y guarda que el propietario adoptó para la defensa de su patrimonio».

En todo caso, «apoderarse (de bienes muebles ajenos) empleando fuerza en las cosas», suscita la cuestión de si la fuerza ha de preceder al apoderamiento, como defiende la doctrina mayoritaria, o si cabe incluir también la fuerza posterior,

empleada para salir del lugar cerrado (por ejemplo, el autor accede a un establecimiento en el horario en que está abierto al público, se esconde, apoderándose de los bienes una vez que ha sido cerrado por los empleados, teniendo que fracturar la puerta para salir). En la práctica forense de Honduras se ha venido considerando como delito de robo al que, además, habría que aplicar el subtipo agravado (también para el hurto) si se trata de edificio o lugar destinado a habitación (arts. 219, último párrafo, y 225.3 del CP).

7. CONDUCTAS AGRAVADAS

El artículo 219 establece circunstancias agravatorias del robo, aumentando en un tercio la pena. Los supuestos que se recogen en el apartado 2.a), b), c) y d) son considerados en otros Códigos (como el español), una lista cerrada o *numerus clausus* de fuerza en las cosas. En el Código Penal hondureño tales circunstancias vienen referidas exclusivamente al robo producido «*en casa habitada o en una oficina pública, en un edificio destinado a un culto religioso, en un centro docente o cultural público o privado, en un establecimiento comercial, bancario o de asistencia social*». Son las siguientes:

- a) *Escalamiento.*
- b) *Rompimiento de paredes, techos, suelos o pavimentos o fractura de puertas o ventanas.*
- c) *Empleando llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejante; se considera llave falsa la legítima sustraída al propietario; y,*
- d) *Fractura de armarios, cajas fuertes u otra clase de muebles u objetos sellados o cerrados o mediante la sustracción de los mismos para ser abiertos o violentados fuera del lugar del robo.*

A) Escalamiento

El concepto tradicional de escalamiento, en sentido jurídico penal, se refiere a la entrada en el lugar del robo «por vía insólita, desacostumbrada o inusual, distinta desde luego a la que de ordinario utiliza el titular de dichos bienes» (por todas, SSTS de 3 de julio de 1991 y 14 de septiembre de 2000). Es decir, el escalamiento no consiste únicamente en trepar, ascender o subir por una pared o valla, sino también en entrar a través del subsuelo, la chimenea, el tejado, o incluso de una ventana, con independencia de la altura a que se encuentre del suelo o de que se hallara abierta o cerrada, y sin que sea preciso fractura de tipo alguno.

La jurisprudencia española ha elaborado una nueva doctrina restringiendo el concepto legal de escalamiento en un doble sentido (véanse, p. ej., las SSTS

143/2001, de 7 febrero y 1615/2001, de 5 de noviembre):

1) Exigiendo que la entrada por un lugar no destinado al efecto haya precisado el empleo de «una destreza o un esfuerzo de cierta importancia; destreza o esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento (trepar o ascender a un lugar determinado), que es el punto de referencia legal del que dispone el intérprete» (SSTS 648/1999, de 20 de abril y 362/2000, de 10 de marzo).

Se trata, en definitiva, de limitar el escalamiento a supuestos en los que el acusado exterioriza, mediante el empleo de habilidad o esfuerzo para ascender al lugar por donde efectúa el acceso, «una energía criminal equiparable a la que caracteriza la fuerza en las cosas, es decir que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad» (STS núm. 586/1999, de 15 de abril). Con ello se han excluido de la tipificación legal como robo con escalamiento, los casos de entrada a través de una ventana abierta sita en la «planta baja» (sentencia de 20 de abril de 1999) o «a nivel de calle» (sentencia de 18 de enero de 1999, núm. 24/1999), cuando no conste una especial altura de la misma con relación al suelo o una forma concreta con la que el acusado haya logrado auparse hasta el alféizar que revelen la especial habilidad o esfuerzo propios del escalamiento (STS 362/2000, de 10 de marzo).

2) Excluyendo los supuestos del llamado escalamiento «de salida o de huida» (SSTS 22 de abril y 18 de octubre de 1999) al exigir el artículo 237 del Código Penal español de 1995 que la fuerza en las cosas se utilice «para acceder al lugar donde éstas se encuentren». En el Derecho hondureño, sin embargo, puede tomarse en consideración, como agravante específica, el escalamiento de salida ya que en el artículo 219 no se exige que éste se dé exclusivamente para acceder al lugar donde los bienes se encuentren.

B) Rompimiento de paredes, techos, suelos o pavimentos o fractura de puertas o ventanas

Se refiere a la «fractura externa» de los elementos o instrumentos de seguridad o cerramientos colocados por el propietario para proteger sus bienes. Aunque la agravación parece referirse exclusivamente a edificios (pared, techos, suelo o pavimento, puerta o ventana), se ha interpretado extensivamente, entendiéndose que puede incluirse aquí el rompimiento o fractura de toda estructura que delimite un espacio exterior con la finalidad de obstaculizar el apoderamiento del bien. Así, la jurisprudencia española ha incluido vagones de ferrocarril (STS de 15 de abril de 1957), ventanillas de coches (STS de 29 de septiembre de 1979), lunas de escaparates comerciales (SSTS de 30 de septiembre de 1966 y 3 de febrero de 1969), maletero de un coche (STS de 4 de junio de 1982). Además, para la STS de

16 de diciembre de 1985, «no es preciso que la fractura de la puerta sea el medio para introducirse en el recinto del delito, bastando que en algún momento de ejecución concorra la mencionada circunstancia de fractura» (se trataba de un supuesto en el que la puerta que se fracturó fue la del dormitorio donde se encontraba el objeto robado que estaba cerrada con llave, pero no la principal de la vivienda que se encontraba abierta).

Tratándose de puertas o ventanas, el concepto no se reduce al rompimiento estricto de las mismas, sino que incluye el de sus candados, cerraduras, cerrojos, bisagras, sujeción con anillas o cadenas, o cualquier mecanismo de cierre o seguridad de cualquier tipo, mecánico, eléctrico, electrónico, etc. Pero es que, ni siquiera es necesario romper, destruir o fracturar ningún objeto. Y ello porque, para la aplicación del precepto, basta con quebrantar dolosamente los medios de protección que el propietario adoptó para la defensa de su patrimonio (STS de 12 de marzo de 1984). Desde esta perspectiva, se ha considerado también fuerza, por ejemplo, el sacar una puerta corredera de sus guías, y el desmontar los cristales de una ventana de un inmueble o el parabrisas de un automóvil sin romperlos.

En el caso, por lo demás casi consustancial al hecho, de que se causen daños con la acción, no constituyen un delito independiente, sino que quedan absorbidos por el robo, generando la correspondiente indemnización en concepto de responsabilidad civil (arts. 105 y ss. del CP). Esta regla general no será aplicable en el caso de que se cometan daños absolutamente innecesarios o desproporcionados para llegar a los bienes muebles que se quieren sustraer, o si los daños se realizan después de haberse apoderado ya de los bienes, porque ello revela, además del ánimo de lucro, un claro *animus damnandi*, que deberá llevar a calificarlos como delito independiente en concurso, no ya ideal-medial, sino real con el robo.

C) Empleo de llave falsa, ganzúas u otros instrumentos semejantes

El concepto de llave falsa en el robo con fuerza es funcional y no gramatical, por eso precisamente se utiliza la fórmula abierta de «otros instrumentos semejantes». Ello permite incluir instrumentos modernos que cumplen dicha función, tales como las tarjetas, magnéticas o perforadas (que dan acceso a la habitación de un hotel, a un parking, etc.), los mandos de apertura a distancia, y otros similares. Así, cabe considerar robo con fuerza el supuesto de extraer dinero de un cajero automático con la tarjeta de crédito o débito de otra persona.

A la llave falsa se asimila, por expresa disposición legal, «*la legítima sustraída al propietario*». Con una interpretación amplia, deberíamos incluir la llave de la que se está en posesión contra o sin la voluntad de su dueño, y sobre la que no se tiene título alguno, de hecho o de derecho, ya se posea por sustracción subrepticia,

retención o apropiación indebida, o porque haya sido olvidada por su dueño circunstancialmente en cualquier lugar, o incluso la dejada en la misma cerradura por descuido y que queda al alcance de cualquiera⁽⁹²⁾. Con una interpretación más restrictiva, «llave falsa» sólo sería la que se obtiene por medio de una infracción penal, a título de delito o falta (robo, hurto, retención indebida, acción engañosa); esto excluiría, por ejemplo, el caso citado de quien abre la puerta al ver que está la llave puesta en la cerradura.

Sin embargo, la restricción de este último planteamiento es sólo aparente. En efecto, a través del amplio significado del verbo tomar (característico del hurto: artículo 223.1 del CP) o de la tipificación de la apropiación de las cosas perdidas como hurto (art. 223.2 del CP), pueden estimarse ilícitas penalmente las conductas consistentes en coger, asir o hacerse con las llaves aunque estén perdidas u olvidadas, si es sin consentimiento o autorización del dueño.

Un supuesto interesante, por lo problemático y frecuente, es el de la maniobra conocida como el «puente» o unión de los cables de encendido de un automóvil para ponerlo en marcha y circular con él. Dicha maniobra, a pesar de ese concepto funcional y amplio, no se considera por el Tribunal Supremo español como utilización de «llave falsa». La razón es la siguiente: En el delito de robo la fuerza típica es la *vis ad rem*, o medio para llegar a las cosas cerradas. Realizar el puente, sería una *vis in re*, es decir sobre el objeto mismo de la sustracción, y por tanto no incardinable en el concepto. Por ello, la sustracción de un automóvil, rompiendo para acceder al mismo la ventana, o forzando la cerradura de la puerta, independientemente del medio utilizado para ponerlo en marcha habrá de calificarse como robo con fuerza. Pero la sustracción de un vehículo abierto, en el que se hace el «puente», si no se rompe la carcasa que contienen los cables de encendido, hecho que sí cabría en el concepto

(92) La jurisprudencia española rechaza la calificación de robo cuando la llave se encuentra en lugar visible y prácticamente a disposición de quien la toma. La STS de 3 de marzo de 1987, dice al respecto: la jurisprudencia de esta Sala –prescindiendo de vacilaciones que tienen origen de las peculiaridades de cada caso– rechaza el robo cuando la llave se halle en un lugar visible y, prácticamente, a disposición de quien la tomare, porque entonces no puede hablarse de sustracción, ni ruptura –por tanto– de la relación posesoria. Aquella calificación delictiva –asimilada *ex lege* a un acto de fuerza– surge cuando la llave, oculta o escondida, exige en el sujeto una actividad de búsqueda para quebrantar las defensas y medidas o medios de protección tomados por el propietario o por quien ejerce la posesión en su nombre –Sentencias de 14 de octubre de 1961, 9 de octubre de 1963, 3 de octubre de 1968, 2 de enero de 1973, 3 de febrero de 1982, 2 de octubre de 1984, y 13 de octubre de 1986–. Y es palmario, que este es el caso de quienes proceden –supuesto contemplado en la causa– a abrir el buzón de la portería, tomar las llaves del cuarto de bicicletas, y en éste coger la llave de la vivienda que estaba guardada en un cajoncito tapada con unos papeles, la cual había sido entregada al portero por el propietario al iniciar las vacaciones estivales».

amplio de fuerza del artículo 217 del Código Penal, se estimará hurto. La STS 1927/1992, de 18 de septiembre es bien ilustrativa al respecto: Reconoce que hay resoluciones de esta Sala que han incluido entre las modalidades de robo con fuerza en las cosas «el rompimiento del sistema de bloqueo del vehículo y la preparación de un puente eléctrico para ponerlo en marcha argumentado básicamente que la fuerza está representada por el rompimiento o fractura de los obstáculos o cierres que el propietario adopta para la defensa de su patrimonio, otorgando a la llave falsa un amplio y comprensivo concepto; sin embargo, una consideración más atenta al principio de legalidad, y a su concreción técnica en la tipicidad (arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución Española), han evidenciado que la expresada manipulación, no obstante la violencia o fuerza inherente, no es la fuerza *ad rem* (fuerza-medio para llegar a las cosas cerradas), sino la *vis in re* sobre el objeto mismo de la sustracción para poner el vehículo en movimiento que no puede encuadrarse en los supuestos típicos, sin que el puente o conexión de los cables para el arranque del automóvil pueda ser parificada, por razón de semejanza, a las llaves falsas, por mucha amplitud o importancia que se otorgue al aspecto funcional del concepto» (en idéntico sentido puede verse la STS 2634/1993, de 24 de noviembre).

En el Derecho hondureño, aunque no se incluyera esta acción en el concepto de «llave falsa», no veo inconveniente alguno en calificarla como robo con fuerza en las cosas, dentro del tipo básico del artículo 217 del CP. Hay que tener presente que, a diferencia del legislador español que ha introducido en el Código un listado cerrado de modalidades de robo con fuerza en las cosas, el legislador hondureño, a mi juicio con mejor criterio, ha dejado abiertas las posibles actuaciones en que se emplee fuerza en las cosas y tan sólo ha agravado aquellas conductas en las que se empleen determinadas modalidades de fuerza (art. 219 del CP), sin que ello suponga excluir otras conductas que puedan integrar el tipo básico, ya se trate de *vis in re* o de *vis ad rem*. Al fin y al cabo, la fuerza en las cosas debería incluir todas aquellas actuaciones que tienda a «quebrantar aquellas protecciones de cierre y guarda que el propietario adoptó para la defensa de su patrimonio» (STS de 31 de marzo de 1981).

D) Fractura de armarios, cajas fuertes, u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o mediante la sustracción de los mismos para ser abiertos o violentados fuera del lugar del robo

Se trata del supuesto denominado «fractura interna». Será aplicable el robo con fuerza, y no el mero hurto, si se produce la fractura de esos objetos cerrados, aunque la sustracción inicial de los mismos se hiciera sin fuerza, debiéndose aplicar también la agravación de casa habitada si se realizó el apoderamiento dentro de ésta. Si se sustrajo el bien sin emplear fuerza y se desplazó a otro lugar con la intención de fracturarlo después, lo correcto es apreciar robo con fuerza en tentativa,

y no hurto. Igual que señalábamos anteriormente, en este supuesto hay que incluir también el forzamiento de las cerraduras de estos objetos.

Para la jurisprudencia española, no constituye fuerza típica el violentar la cadena de seguridad que el dueño ha colocado en una moto o ciclomotor para inmovilizarlos, porque no se trata de un «objeto cerrado»; tampoco la retirada o fractura del precinto de seguridad magnético que se coloca en las prendas de vestir en algunas tiendas. Hay que recordar que en derecho español las modalidades de actuación que constituyen fuerza en las cosas están tasadas. No sucede lo mismo en el Derecho hondureño: aunque no se pueda aplicar el tipo agravado del artículo 219.f) del CP, puede entenderse en ambos casos que hay fuerza en las cosas (se rompe la cadena o el precinto de seguridad para acceder al apoderamiento del bien), de suerte que pueden considerarse robos, agravado el primero de ellos conforme al artículo 218, párrafo segundo, del CP.

Con la redacción del precepto, parece difícil también (porque sería seguramente emplear la analogía *in malam partem* o contra reo), considerar robo agravado de esta modalidad el abrir mediante el descubrimiento de sus claves de apertura, cajas fuertes, o cualquier objeto que disponga de ellas, como maletas o carteras, si no se produce la efectiva fractura; pero no habría obstáculo para calificarlo como robo agravado del artículo 219 c) del CP, antes examinado, al incluir el tipo no sólo las llaves falsas sino también «otros instrumentos semejantes», entre los que pueden incluirse sin dificultad todos los modernos aparatos electrónicos u digitales para descubrir las claves de cierre o de acceso a la apertura.

E) Portar armas

El fundamento de la agravación obedece a la mayor peligrosidad, al riesgo que supone para la integridad física el hecho de que los autores cometan el robo provistos de armas. No es preciso, para aplicar el subtipo agravado, que el arma se haya usado de forma efectiva; basta con portarla. De ahí que si los autores las llevan encima, aunque no las hubieran exhibido durante la acción, sea de aplicación el artículo 219, por cuanto las armas se están «portando», y ello ya incorpora el peligro de que puedan acabarse usando durante el robo, con el correspondiente riesgo para la víctima, que es lo que el legislador quiere castigar.

Un problema relevante es qué hacer cuando los autores no lleven con ellos las armas, sino que las tomen en el mismo lugar del hecho (apoderamiento *in situ*). Si se hace una interpretación estricta del término «portar», entendido gramaticalmente como «transportar, conducir una cosa de un sitio a otro», no se aplicará el subtipo. La jurisprudencia española se ha inclinado por esta postura y considera que en los supuestos de uso de armas o instrumentos peligrosos no

porteados al lugar del hecho, sino cogidos *in situ*, no es apreciable la agravante y justifica la limitación de la agravación a los supuestos en que el arma se llevase al lugar del robo, por la mayor peligrosidad, y por ende, mayor antijuridicidad, que supone el portar o poseer de antemano los instrumentos peligrosos (SSTS 1336/1997, de 31 de octubre; 39/2001, de 21 de febrero; 517/2002, de 18 de marzo, y 1279/2002, de 4 de julio, entre otras muchas).

Pero también puede sostenerse con sólidos fundamentos que, a los efectos de aplicar la agravación por portar arma, tanto da que la trajera consigo el sujeto pasivo como que la cogiese en el lugar de los hechos. Desde luego, este criterio no se ve debilitado por una interpretación gramatical ya que «portar», como sinónimo de «llevar», supone, en una de sus múltiples acepciones, «tener, estar provisto de algo», con independencia de cuándo y dónde se cogió el arma. «El verdadero fundamento de la agravación consistente en portar armas es, desde un punto de vista objetivo, el aumento del peligro para bienes jurídicos personales del sujeto pasivo que el autor crea mediante el uso del arma o del instrumento peligroso. Asimismo es posible sostener, desde una perspectiva subjetiva, que dicho incremento de la pena se explica por el mayor efecto intimidante, y correlativamente inhibitorio de la autodefensa, de la víctima del delito. En todo caso, desde cualquiera de estas posiciones respecto del fundamento de la agravación, la circunstancia de que el autor haya llegado al lugar del hecho con el arma o la haya cogido en él, debería ser irrelevante, dado que el peligro corrido por los bienes de la víctima ha sido mayor o su capacidad de autodefensa se ha visto más restringida por la violencia anunciada en el ataque»⁽⁹³⁾.

(93) Esta es la opinión del magistrado del Tribunal Supremo español Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, expresada en el voto particular a la STS 39/2001, de 21 de febrero, que transcribimos seguidamente por su indudable interés: «La mayoría, sin embargo, entiende que la interpretación que se acaba de exponer no es compatible con el texto de la ley, pues éste se refiere a las armas o instrumentos peligrosos “que llevaré” el delincuente. En primer lugar se aduce en favor de esta tesis el sentido gramatical del verbo llevar. El magistrado que suscribe no puede compartir esta argumentación, pues una palabra que en el Diccionario de la Real Academia tiene reconocidas 23 (veintitrés) acepciones no tiene un sentido tan unívoco como para excluir una interpretación político-criminalmente no objetada en la argumentación de la mayoría. La elección de un significado de un vocablo que tiene tantos no puede ser en ningún caso fundamentada con el método gramatical, si éste, como es obvio, es bien entendido, dado que ya tal elección sólo puede ser consecuencia de algún otro criterio distinto del significado mismo. Sobre todo cuando una de las acepciones del verbo llevar es la de “estar provisto de algo”, acepción, por lo tanto, que no excluye, sino todo lo contrario, la interpretación que aquí se postula. Consecuentemente, el argumento basado en el principio de legalidad carece de todo respaldo. Es evidente que si llevar significa “estar provisto de algo”, el texto legal cubre también la interpretación teleológica propuesta. Nadie duda que una interpretación cubierta por el texto legal no vulnera en ningún caso el principio de legalidad. Tampoco es posible compartir el argumento basado en la “mayor antijuridicidad que supone el

El concepto de «arma» comprende todo instrumento apto e idóneo para aumentar la capacidad agresiva y ofensiva del infractor y para lesionar la vida o la integridad física (armas de fuego, armas blancas y, en general, cualquier medio vulnerante o contundente). En el caso de las armas de fuego, si no consta su correcto estado de funcionamiento, es conveniente efectuar en el escrito de acusación una descripción de las mismas (forma, tamaño, material de composición, etc.), que permita en su caso apreciar su capacidad de agresión como elemento contundente, por si la defensa basa su defensa en que *pro reo* hay que considerar que si no está acreditado que el arma era auténtica, o que estaba en buen estado para disparar, no hay que aplicar la agravación. Con todo, el Tribunal Supremo español, en alguna sentencia, consideró aplicable la agravación, pese a que el arma esgrimida carecía de aptitud para dañar, en atención a la impresión o sentimiento de seguridad de la víctima⁽⁹⁴⁾.

Se trata, en cualquier caso, de una circunstancia objetiva, por lo que se comunica a todos los partícipes en el delito que conozcan y acepten la presencia de las armas durante la comisión del hecho, aunque ni siquiera las hayan portado

portar o poseer (el arma) de antemano”. En primer lugar porque la antijuridicidad no es un concepto graduable. No hay más o menos antijuridicidad. Hay antijuridicidad o no la hay, pues la antijuridicidad es la contrariedad al derecho que se da cuando no concurren causas de justificación. En todo caso lo graduable es el injusto o la ilicitud. Pero, es también indudable que desde el punto de vista de la mayor o menor intensidad de la lesión (o peligro de lesión) del bien jurídico lo decisivo es cómo se produce el ataque o el ejercicio de la violencia, pues esto es lo que genera mayores peligros para la víctima o una mayor indefensión de la misma. La premeditación del uso del arma o del medio peligroso, que en el fondo es el criterio que propone la mayoría para explicar el fundamento de la agravación de la pena en estos casos, por el contrario, carece de toda relevancia. Se trata de una circunstancia subjetiva cuya ausencia no debe neutralizar el significado de la mayor violencia a la que objetivamente se ha visto sometida la víctima.

En todo caso, es seguro que la ley penal no puede haber querido favorecer al autor violento simplemente porque la decisión de valerse de un arma o de un instrumento peligroso haya sido adoptada en un momento muy cercano al ataque. La cercanía temporal entre la decisión de usar el arma para intimidar y el ejercicio de la violencia no modifica en nada la situación de la víctima que sufre el ataque.

En suma: el magistrado que suscribe entiende, por las razones expuestas, que en el delito de robo es aplicable el artículo 242.2 CP [subtipo del robo con violencia o intimidación agravado por llevar armas] aunque el autor haya cogido el instrumento peligroso o el arma utilizada en el lugar en el que ejecuta el ataque contra la víctima».

(94) La STS de 30 de enero de 1985 (RJ 1985\376) decía: «tiene declarado esta Sala que para apreciar este subtipo agravado es suficiente que la dinámica delictiva se produzca con su arma, aunque ésta no funcione o sea disimulada, pues con ella se ataca el sentimiento de la seguridad personal».

consigo (SSTS 1527/1992, de 30 junio; 1835/1999, de 28 de diciembre). El previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya *a priori* todo riesgo para la vida o para la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos de robo y justifica la comunicabilidad de la circunstancia de portar el arma intimidante (STS de 20 de diciembre de 1989).

F) En casa habitada

El concepto legal de casa habitada se recoge en el artículo 220 del Código, a modo de interpretación auténtica, como: *«todo albergue que constituya la morada de una o más personas, aunque se encuentren accidentalmente ausentes de ella cuando el robo tuviere lugar. Se consideran dependencias de casa habitada, o de los establecimientos enumerados en el inciso 2 del artículo anterior, los corrales, bodegas, graneros, pajares, garajes, cuadras y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio, y en comunicación interior con el mismo y con el cual formen un solo todo»*.

Se trata del espacio utilizado como vivienda, fija o temporal, que no tiene por ello que coincidir con el concepto civil de domicilio. Por ello se incluyen las habitaciones de hoteles y posadas, autocaravanas, o incluso tiendas de campaña. El fundamento de la agravación es doble: por un lado, el riesgo para las personas que puede constituir el que los autores del robo encuentren a los moradores dentro del lugar donde se lleva a cabo el robo, y por otro, el atentado a la intimidad que supone que el autor viole, con su presencia no permitida, el lugar donde se desarrolla la vida del morador. Se aplica, por prescripción legal, aunque los moradores se encuentren accidentalmente ausentes de la misma, lo que lleva a discutir si se aplica en el caso de segundas residencias, o viviendas de temporada o vacaciones, cuando no se encuentran ocupadas. El Tribunal Supremo español, estima la agravación también en estos casos, ante la posibilidad de que puedan acudir sus ocupantes, no siendo exigible una situación de permanencia en el uso del inmueble (hay autores que sin embargo, señalan que los términos «accidentalmente ausentes» no pueden asimilarse a presencia esporádica).

La cuestión de que los autores del robo hubieran entrado en un primer momento en la vivienda de forma lícita, con autorización del titular o por cualquier otro motivo, plantea si es procedente aplicar la agravación, que hay que resolver afirmativamente según la práctica hondureña. La apreciación del subtipo impide evidentemente estimar al mismo tiempo tanto la agravante genérica del artículo 27.15 (agravante de cometer el hecho *«en la morada del ofendido»*), como el delito de allanamiento de morada del artículo 202 del Código Penal.

Como alguna de las circunstancias agravatorias del artículo 219 también

opera como agravante genérica del artículo 27 (agravantes de despoblado o cuadrilla, escalamiento, rompimiento de pared, techo o suelo o fractura de puerta o ventana), si concurren varias, una de ellas determinará el subtipo agravado, y las demás operarán como agravantes genéricas con los efectos en materia de individualización penológica del artículo 69.

Hay que recordar también que el último párrafo del artículo 219 efectúa una remisión expresa a las agravantes específicas que están previstas para el delito de hurto en el artículo 225, señalando que también aumentarán la pena en un tercio en el robo.

G) El delito de tenencia o fabricación de instrumentos para el robo

Por último, dentro del capítulo dedicado al delito de robo, el artículo 221 tipifica un delito de mera sospecha, el de tenencia o fabricación de útiles para el robo, en los siguientes términos: *«Quien tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo, y no diere el descargo suficiente sobre su adquisición o conservación, será castigado con reclusión de tres meses a un año. En igual pena incurrirán los que con idéntico fin fabricaren dichos instrumentos. Si fueren cerrajeros se les aplicara de uno a dos años de reclusión»*.

La simple tenencia es un acto preparatorio que, de no ser por su tipificación autónoma, sería impune al no poder considerarse conspiración, ni proposición (art. 17 del CP). Se impone al imputado que sea él quien «dé descargo suficiente sobre la adquisición o conservación» de las ganzúas e instrumentos a los que el tipo se refiere, de suerte que puede también considerarse como un delito de sospecha. Ello pugna seriamente con la presunción de inocencia.

Este delito mereció, cuando en el anterior Código Penal español existía uno similar, duras críticas doctrinales al entender que se trataba un supuesto de responsabilidad objetiva, incompatible con el principio de culpabilidad que ha de regir el Derecho Penal. Así, una sentencia del Tribunal Constitucional español del año 1988 (la STC 105/1988, de 6 de junio), consideró que, en todo caso, seguía siendo la acusación la que debía probar clara e indubitadamente el destino específico de los útiles para cometer el delito de robo, sin que cupiera la inversión de la carga de la prueba en materia de presunción de inocencia, porque otra cosa supondría una clara inconstitucionalidad. Por este motivo se modificó su redacción en 1989 (se hizo desaparecer la exigencia de que fuera el propio acusado quien diese descargo suficiente sobre su adquisición o conservación) y, finalmente, se eliminó del Código Penal español de 1995.

La tenencia de ganzúas u otros instrumentos es un comportamiento subsumido en el robo ulterior, si son precisamente esas ganzúas o instrumentos los utilizados para la ejecución del mismo. Por lo que se refiere a la fabricación, si constituye el acto de complicidad en un robo, éste consume aquélla.

La agravación del delito en el caso de los cerrajeros pretende castigar, tanto la mayor antijuridicidad del hecho en el caso de que la conducta sea cometida por este tipo de profesionales, como el riesgo de que por la mayor facilidad que tienen los mismos para la fabricación de esos instrumentos, se fabriquen en masa o en número importante, con la intención de suministrar a las bandas de delincuentes que se dedican a la comisión de robos.

Capítulo II. Extorsión y chantaje

Según el artículo 222: «Incurrirá en reclusión de tres (3) a nueve (9) años:

1) *Quien mediante violencia o amenazas, obligare a alguien a hacer o dejar de hacer alguna cosa, a fin de obtener para sí o para otros un provecho injusto.*

2) *Quien para defraudar a otro lo obligare con violencia o intimidación a suscribir, otorgar, entregar o destruir una escritura pública o cualquier otro documento público o privado.*

3) *Quien con amenazas de imputaciones contra el honor o el prestigio, o de violación o divulgación de secretos con perjuicio en uno u otro caso para el ofendido, su familia o la entidad en cuya gestión intervenga o tenga éste interés, exigiere la entrega de una cantidad de dinero, recompensa o efectos».*

1. EXTORSIÓN

El Diccionario de la Real Academia de la lengua define la extorsión como un delito contra el patrimonio consistente en emplear violencia o intimidación para defraudar a otro. Dos tipos de conductas son las que, en el Derecho hondureño, constituyen este delito: las descritas en los apartados 1) y 2) del artículo 222 del CP.

1) En el apartado primero se tipifica una conducta similar a las coacciones de los artículos 206 y 208. Se diferencia de las primeras en dos aspectos: en la conducta típica, que incluye aquí el medio comisivo de las amenazas (no así en el artículo 206); y en el elemento intencional, que ha de dirigirse en la extorsión a la obtención de «un provecho injusto». De las coacciones del 208 (esto es de la llamada «realización arbitraria del propio derecho»), se diferencia la extorsión en que aquí es el sujeto pasivo el que ha de hacer o dejar de hacer alguna cosa, mientras que en aquellas coacciones, es el sujeto activo el que se apodera de la cosa perteneciente a su deudor, en realidad sin ánimo de lucro, sino con la intención de cobrarse lo que le era debido.

El concurso de normas o conflicto aparente de leyes penales entre estos preceptos habrá de resolverse aplicando el tipo de la extorsión, que es el especial frente a los de las coacciones (art. 2.A-1 del CP).

2) En el apartado segundo se recoge un supuesto intermedio entre el robo con violencia o intimidación, las coacciones y la estafa. Como en los demás delitos patrimoniales de enriquecimiento, exige ánimo de lucro, incluido en los términos «para defraudar a otro». Dicho ánimo ha de entenderse en sentido amplio, como en el robo y el hurto, es decir como sinónimo de cualquier provecho, beneficio, ventaja o utilidad, incluso altruista o contemplativa. Sin embargo, la extorsión no se refiere únicamente a los bienes muebles, como en aquéllos, sino que puede afectar tanto al patrimonio mobiliario como al inmobiliario de la víctima.

Además, es de esencia en la extorsión que el extorsionado realice un comportamiento activo, normalmente de disposición, a través de la suscripción, otorgamiento, entrega o destrucción de cualquier documento. En realidad, lo que hará será disponer del derecho patrimonial incorporado al documento. El modo comisivo del autor exige la violencia —que se refiere a la que se realiza *in personam* (no la *vis in rebus* o sobre las cosas)— o la intimidación. Sirve aquí, para delimitar los conceptos de violencia e intimidación, lo dicho anteriormente al analizar el robo, debiéndose señalar que si la violencia empleada en la extorsión produce un resultado lesivo, deberá calificarse separadamente en concurso real. Naturalmente, debe excluirse como intimidación típica la simple presión anímica, propia de negociaciones jurídicas y económicas.

El supuesto incluido en este tipo, consistente en «obligar con violencia o intimidación a la entrega de un documento», es difícilmente distinguible del robo en el que se emplea violencia o intimidación, debiendo decidirse la aplicación de un tipo u otro por principio de especialidad a favor de la extorsión. En cuanto a la consumación del delito de extorsión, se produce tan pronto como se obtiene la suscripción, otorgamiento, entrega o destrucción del documento, sin necesidad de que se produzca al mismo tiempo el perjuicio económico para la víctima, ni el enriquecimiento del sujeto activo o de un tercero. La producción de dicho resultado económico pertenece ya a la fase de agotamiento, consumado ya el delito.

2. CHANTAJE

El apartado tercero recoge el llamado chantaje. Éste también tiene un componente patrimonial, por cuanto el sujeto activo exige la entrega de una cantidad de dinero, recompensa o efectos, pero suele destacarse el predominio de la lesión a la libertad, por lo que se trataría más bien de un delito de amenazas condicionales

lucrativas (en algunos Códigos no se incluye en los delitos contra el patrimonio, sino contra la libertad).

La conducta típica consiste en amenazar al sujeto pasivo, ya sea con divulgar datos secretos para terceros (si fueran conocidos podía entrar en juego el inciso primero), bien con realizar imputaciones que afecten perjudicialmente al honor o prestigio (sean ciertas o falsas) del propio sujeto pasivo, su familia o incluso una entidad o persona jurídica pública o privada, relacionada con aquél.

Se trata de un delito de resultado cortado o consumación anticipada, por cuanto se perfecciona con la exigencia económica y el anuncio de la amenaza, sin que haga falta la percepción del dinero, recompensa o efectos. Si se llegan a obtener, estaríamos en la fase de agotamiento del delito, lo cual debería tomarse en consideración para individualizar la pena (téngase en cuenta que se prevé un margen nada menos que de tres a nueve años de reclusión).

Capítulo III. Hurto

1. LOS TIPOS BÁSICOS

El hurto consiste en el apoderamiento del bien ajeno sin la voluntad del dueño (igual que en el robo), pero sin emplear violencia ni intimidación en las personas o fuerza en las cosas (a diferencia del robo). Se trata de la sustracción o desposesión subrepticia de bienes muebles sin más.

Desde la perspectiva procesal es de retener que, según el artículo 26.4) del Código de Procedimiento Penal, «el hurto de bienes cuyo valor no exceda de diez veces el salario mínimo más bajo vigente en la región del país en que se haya cometido el delito», es un delito semipúblico: sólo es perseguible por el Ministerio Público a instancia de la víctima; salvo que el delito se haya cometido contra un menor o incapaz, caso en el que el Ministerio Público ejercerá la acción penal como representante legal de los mismos.

Según el artículo 223: «Comete el delito de hurto quien:

- 1) Sin la voluntad de su dueño toma bienes muebles ajenos, los animales incluidos, sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas;
- 2) Encontrándose una cosa perdida no la entrega a la autoridad o a su dueño si sabe quién es y se apodera de la misma con ánimo de dueño; y,
- 3) Sustraiga o utilice los frutos u objetos del daño que hubiera causado, salvo los casos previstos en el Libro Tercero.

Se equipara a la cosa mueble la energía eléctrica, el espectro radioeléctrico y las demás clases de ondas o energía en los sistemas telefónicos, televisivos, facsimilares de computación o cualquiera otras que tenga valor económico».

— *Cuestiones comunes al robo.* En cuanto a los sujetos activo y pasivo, objeto material (cosa mueble ajena), el elemento subjetivo exigido por la doctrina y la jurisprudencia españolas (ánimo de lucro) y la consumación del delito, es de aplicación lo expuesto respecto del robo, con la especialidad de la equiparación a la cosa mueble que efectúa el precepto en su inciso final. Sin embargo, y contrariamente a lo que sucede con el robo, el valor económico del bien sustraído determinará que los hechos se califiquen de delito o de falta, poniendo el legislador

la barrera en diez lempiras, a partir de la cual nos encontraremos ante un delito (arts. 223.3 y 400 del Código).

— *Hurto en sentido propio*. Se recoge en el apartado primero del 223. Su característica básica, en relación con el robo, es que el apoderamiento del bien mueble ajeno se realiza sin emplear violencia ni intimidación en las personas o fuerza en las cosas. Entre los bienes muebles se incluyen los animales (que en sentido técnico-civil son semovientes) y la energía eléctrica, el espectro radioelétrico y las demás clases de ondas o energía en los sistemas telefónicos, televisivos, facsimiliares de computación o cualquiera otras que tenga valor económico.

— *Delito continuado*. En el hurto cabe el delito continuado, de manera que si existen varias infracciones con los requisitos previstos en el artículo 37 (cometidas en un solo momento o en momentos diversos, mediante acciones ejecutadas en cumplimiento de un plan preconcebido o aprovechando idénticas o similares circunstancias) habrá de tenerse en cuenta la cuantía total de lo sustraído, para aplicar el tipo básico o el agravado cuando la cuantía exceda de cinco mil Lempiras (art. 224 del CP).

Una cuestión de gran eficacia práctica es determinar si varias infracciones (constitutivas independientemente de faltas de hurto) pueden calificarse como un delito continuado de hurto cuando, en su conjunto, excedan de diez Lempiras. En contra podría aducirse que el artículo 37, en su dicción literal, configura el delito continuado a partir de la comisión, dos o más veces, de un mismo «delito» contra la propiedad; no contempla, por el contrario la posibilidad de configurarlo a partir de la comisión varias veces de una misma «falta». Existe además el problema de la pena aplicable según la regla del propio artículo 37: si admitimos la elevación a la categoría de delito, habría que aplicar directamente las penas del artículo 224, en vez de aplicar la pena de la falta aumentada en dos tercios, como establece el citado artículo 37 párrafo segundo.

A favor de considerar como un delito continuado la pluralidad de faltas que en su conjunto superen los diez Lempiras se concitan tanto razones dogmáticas (ya que el delito continuado presupone unidad de dolo), como razones puramente criminológicas y de política criminal, puesto que «entender que sólo existe delito continuado cuando cada una de las acciones constituyan por sí mismas delito, supondría un trato privilegiado para quienes, guiados por ese dolo único y persistente durante cierto tiempo, sistemáticamente realizasen sustracciones y apoderamientos cuidando que cada uno de ellos no excediera a de aquel límite» (STS 884/1992, de 15 de abril). En esta línea, la STS 2629/1992, de 3 de diciembre dice que «en la configuración del delito contra la propiedad, como continuado, hay

que partir, para la determinación del tipo aplicable, de la cuantía total, aunque los sumandos individualizados no supongan más que infracciones constitutivas de falta. Habiendo un único dolo, como ahora acontece, es el perjuicio total causado el determinante de la infracción en los términos previstos para el delito continuado».

— *Hurto de hallazgo*. El segundo párrafo se refiere al llamado «hurto de hallazgo» (tipificado como falta en el artículo 400.3 del CP cuando el valor de la cosa no exceda de diez lempiras). En otros sistemas se incluye dentro de la apropiación indebida, figura que se tipifica en el Código Penal de Honduras en el artículo 242.7 dentro de las estafas, aunque en esta modalidad de estafa es nota esencial que el sujeto activo tenga previamente la cosa en su poder legítimamente por cualquier título que produce obligación de devolverla o entregarla, antes de decidir quedarse con ella, transmutando en ese momento la posesión lícita en apropiación delictiva.

— *Concurso de delitos: daños y apoderamiento de frutos*. El tercer inciso recoge un concurso de delitos, en el que una persona causa daños, y se apodera además de los frutos o de los objetos de aquéllos. En este caso, se castigan los daños por las reglas generales, y la sustracción separadamente como hurto, teniendo en cuenta que concurre un dolo de dañar, y otro de enriquecimiento. Si los daños eran el medio para cometer el hurto, se trataría de un concurso ideal-medial, y si el ánimo de lucro nace después de cometer los daños, se trataría de un concurso real, con las consecuencias en materia de pena, respectivamente, de los artículos 36 o 35. Conforme al artículo 406, la misma conducta se calificará como falta si los daños no exceden de quinientos Lempiras.

— *Hurto famélico*. Se ha discutido desde antiguo la cuestión del «hurto famélico», también llamado hurto «necesario o miserable». Consiste en la sustracción de bienes para satisfacer las necesidades fundamentales del ser humano (alimentarse, vestirse, protegerse del frío, etc.). Se trata de la aplicación a este delito del estado de necesidad como causa de justificación (art. 24.4 del CP). Habrá que estar a las circunstancias particulares del caso concreto; si bien, los Tribunales españoles normalmente han sido muy restrictivos en su aplicación, por considerar que la situación angustiosa, y por tanto la imperiosa necesidad de atender contra la propiedad ajena para salvar un bien de mayor valor, no quedaba suficientemente probada, o por entender que el autor podía tener a su alcance otros medios lícitos para subsanar sus necesidades. Sirva como ejemplo la STS de 21 de enero de 1986 (RJ 1986\163):

Integrado en el estado de necesidad, y como conflicto desigual de bienes, se halla el denominado, en sentido amplio –pues puede afectar a cualquier clase de infracciones contra la propiedad–, hurto necesario, miserable o famélico, el que concurrirá en aquellos casos en los que se toman los bienes ajenos, sin la voluntad de su dueño, para subvenir a las más primarias y perentorias necesidades humanas, tales como alimentación, vestido, habitación y asistencia

médico-farmacéutica, y en los que no se halla en conflicto, como sostenía la doctrina tomista, la vida o la propia supervivencia, con la propiedad de bienes ajenos, pero sí, por lo menos, entran en pugna los sufrimientos que el hambre, la desnudez, la intemperie o la enfermedad desatendida deparan al ser humano, con el respeto a la propiedad de los bienes ajenos. Y, aun quedando, afortunadamente, distantes y relativamente lejanos, los tiempos en los que, para la operancia de esta circunstancia –como eximente o como atenuante– se exigía, por este Tribunal –v. g. sentencias de 20 de febrero de 1957 y 26 de enero de 1960–, un previo y penoso peregrinar, en demanda de auxilio, por establecimientos, públicos y privados, de beneficencia, así como que se probara que constituía, la penuria, un peligro inminente para la vida, hallándose, el necesitado, al borde de perecer por inanición –sentencias de 8 de junio de 1935 y 8 de junio de 1943–, la jurisprudencia actual –por ejemplo, las sentencias de 18 de febrero, 17 de abril y 9 de mayo de 1972, 27 de diciembre de 1973, y la de 9 de diciembre de 1985–, exigen, para la estimación de esta modalidad de estado de necesidad: realidad, gravedad e inminencia del mal; que se actué a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica, más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que, en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de modo antijurídico; y que, las cosas o bienes obtenidos, sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable.

— *Hurto de la posesión*. No está tipificado expresamente como hurto el llamado *furtum possessionis*. Consiste en que el dueño de una cosa mueble la sustrae de quien la tiene legítimamente en su poder; al no tratarse de una cosa ajena habrá de calificarse como coacciones conforme a los artículos 206 y 208 (sólo si concurre violencia), que viene a ser en muchas ocasiones un tipo residual o de recogida.

2. SUBTIPOS AGRAVADOS

El artículo 225 establece subtipos agravados en los casos siguientes: «Las penas aplicables según el artículo anterior se aumentaran en un tercio si el hecho se cometiere:

- 1) *Por empleado doméstico o interviniendo grave abuso de confianza.*
- 2) *Aprovechándose de una calamidad pública o privada o de un peligro común.*
- 3) *De noche, o si, para ejecutarlo, el agente se quedare subrepticamente en edificio o lugar destinado a habitación.*
- 4) *Con la cooperación de dos o más personas o por una sola que se finja agente de la autoridad, o empleado de un servicio público.*
- 5) *En el equipaje de los viajeros, en cualquiera especie de vehículos, en las estaciones, muelles hoteles, o en establecimientos en que se sirva alimentos o bebidas.*
- 6) *En casas destinadas al culto o al uso de ornato público o cuando recayere sobre monumentos funerarios.*

7) *En objetos de valor científico, artístico o cultural que se hallaren en museos u otros establecimientos públicos o que perteneciere al patrimonio histórico nacional, aun cuando hubieren permanecido ocultos o sin descubrir».*

Algunos de estos subtipos aparecen en los mismos o parecidos términos en el catálogo de agravantes genéricas del artículo 27, lo que supone que el legislador ha querido tener en cuenta específicamente esos casos de hurtos que considera con un mayor desvalor de acción. Además, también se considera subtipo agravado del hurto simple el de ganado, mayor o menor, distinguiendo el artículo 226 según exceda o no de cinco mil Lempiras.

El primer subtipo agravado del artículo 225, cometerse el hecho «*por empleado doméstico, o interviniendo abuso grave de confianza*», es de tradicional aplicación a este delito, y exige dos presupuestos: uno de naturaleza subjetiva, que alude a la relación de confianza mutua que surge en ciertas relaciones (laborales, familiares, de convivencia o vecindad, etc.); y otro objetivo, consistente en la mayor facilidad real que tal situación propicia para la realización de la sustracción. Hay que tener en cuenta que si el empleado doméstico o el autor en general convive con el sujeto pasivo, el hecho de ocultar el objeto sustraído en otro lugar, pero en la misma vivienda, supone ya la consumación del delito siguiendo la práctica hondureña de que ya ha habido apoderamiento, aunque no haya podido trasladar el mismo a otro lugar, poniéndolo fuera del alcance de su propietario.

3. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 264

Una cuestión común a los hurtos, defraudaciones y daños es la llamada excusa absolutoria entre parientes. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por tales delitos 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 del delito.

a) *Fundamento.* El fundamento de la exención de pena en estos casos radica en que el pariente es menos culpable. La relación cercana de parentesco y la vida en común hacen suponer que el autor obra en la conciencia de saberse perdonado,

faltando así una exacta representación de la gravedad de la conducta. Además, los efectos preventivos de la pena se consideran innecesarios en delitos en los que la alarma social es insignificante por desarrollarse dentro del grupo familiar, donde existen mecanismos éticos suficientes de reproche.

b) Ámbito objetivo. La lista de delitos abarcados por la exención se limita a los hurtos, defraudaciones y daños. No se extiende a los robos, ni siquiera a los llevados a cabo sin violencia ni intimidación. En lo que ahora interesa (los hurtos), no hay límite cuantitativo alguno.

c) Ámbito subjetivo. Por lo que respecta a los cónyuges, es evidente que, una vez divorciados o declarada la nulidad de su matrimonio, ya no es de aplicación puesto que en tales casos se ha disuelto el vínculo matrimonial (art. 140.3 y 4 del CC). Pero resulta inaceptable que se mantenga la excusa absolutoria cuando estén separados de hecho o judicialmente, o cuando se haya iniciado un proceso de separación, nulidad o divorcio.

En cuanto al hombre y mujer que hacen vida marital, es acertada su equiparación a los cónyuges. El problema es aquí de prueba, pues mientras los cónyuges lo son desde el mismo momento en se celebra su matrimonio, en el caso de parejas de hecho que hacen vida marital habrá que establecer algún factor definidor de tal concepto (como, por ejemplo, el tiempo de convivencia). Quedan fuera de esta previsión las parejas de homosexuales.

Es de señalar que opera entre hermanos (sin distinción alguna sobre la filiación: legítimos, ilegítimos, adoptivos, etc.); y, también entre cuñados. Se exige, en uno y otro caso, la condición de que vivan bajo el mismo techo.

d) Participación de terceros. La excusa absolutoria no será aplicable a los terceros, ajenos a la relación familiar, que participen en el delito. Ello es consecuencia directa de que estamos ante una causa personal de exclusión de pena.

Capítulo IV. Usurpación

Con el *nomen iuris* de «usurpación» se conoce el ataque a la propiedad inmobiliaria por la vía de la desposesión, antiguamente conocido como «despojo». Este delito tutela, como bien jurídico, el derecho de propiedad sobre los inmuebles, o la titularidad de los derechos reales.

1. TIPO BÁSICO

El tipo básico de usurpación es el previsto en el artículo 227: «*Quien usurpe un bien inmueble o un derecho real será sancionado con reclusión de dos (2) a cuatro (4) años, sin perjuicio de que tan pronto como se acredite en autos el derecho correspondiente, el juez que conoce de la causa ordene el desalojo del bien de que se trate o el reintegro del derecho usurpado*».

No exige violencia o intimidación en las personas, ni tampoco fuerza en las cosas, por lo que la concurrencia o no de tales elementos no determinará la tipicidad de la conducta, de modo que la ocupación no violenta de viviendas vacías puede incluirse en este tipo penal. Usurpar inmuebles o derechos reales supone quitar a uno lo que es suyo o quedarse con ello, generalmente, aunque no necesariamente, con violencia. Ello implica una cierta estabilidad en la conducta de usurpación por parte del sujeto activo: ha de comportarse de modo permanente como dueño del inmueble o titular del derecho real, sin que integre el delito una mera detentación puntual sin esa intención.

Ha de tenerse en cuenta el principio de intervención mínima del Derecho Penal y dejar que la respuesta legal a los ataques más leves contra estos bienes jurídicos, se encauce conforme a lo establecido en la legislación civil, y en su caso a través de las faltas de los artículos 401.4), 402 y 403 del Código Penal.

Los conceptos de «bien inmueble» y «derecho real» han de entenderse en su sentido puramente civil, con las matizaciones pertinentes, ya que no todos los inmuebles son susceptibles de usurpación, sino solamente los que sean, a su vez, susceptibles de apoderamiento u ocupación. La usurpación de un derecho real se refiere al ejercicio de las facultades que confiere la titularidad del derecho (de servidumbre, de usufructo, etc.), con absoluta falta de legitimación, es decir, sin ser

titular ni estar autorizado a hacerlo.

La consumación del delito requiere la efectividad material de la ocupación o usurpación, realizada desde el primer momento con el propósito de mantenerse permanentemente en el inmueble o en el disfrute del derecho usurpado. Concurriendo ese dolo, el delito se consume con independencia de la duración mayor o menor de la ocupación o usurpación, siempre que se dé la estabilidad en la conducta a la que antes nos referíamos.

Se produce un conflicto aparente de normas con el allanamiento cuando la usurpación se realiza en un inmueble que constituye además la morada del sujeto pasivo; habrá que aplicar la usurpación como delito especial frente a los allanamientos de los artículos 202 y 203 (si el autor es un particular o funcionario público respectivamente), siempre que se dé el requisito de permanencia y el dolo del autor abarque la obtención del aprovechamiento de las facultades del propietario o derechohabiente (por ejemplo en el usufructo), sin perjuicio además de apreciar la agravante de morada del artículo 27.15), ya que no es un elemento inherente a la usurpación.

El precepto faculta expresamente al Juez penal competente para que adopte la medida cautelar de protección del ofendido, consistente en el desalojo del inmueble o el reintegro del derecho usurpado, tan pronto como se acredite en autos el derecho correspondiente, que podrá hacerse por cualquier medio (documentalmente, por testigos, etc.).

2. DESPOJO CAUTELOSO

El artículo 228 recoge el denominado «despojo cauteloso» o «remoción de lindes» que es la figura más antigua en materia de usurpación. Dispone dicho precepto lo siguiente: *«En las mismas penas del artículo anterior incurrirá quién alterar términos o linderos de los pueblos, o heredades, o cualquier clase de señales destinadas a fijar los límites de predios contiguos».*

Se trata de un supuesto especial de usurpación, que no afecta a la totalidad de un inmueble, sino tan sólo a un trozo sito en el punto de colindancia de dos fincas, que (aunque no lo diga expresamente el tipo) el sujeto activo pretende anexionarse con ánimo de lucro (STS de 31 de mayo de 1993).

El autor tiene que actuar con dolo, que incluye el ánimo de lucro o la intención de obtener una utilidad o provecho con la alteración de los términos o linderos, conociendo por tanto que se está actuando contra el derecho ajeno. En otro caso, la

destrucción pura y simple de las señales sin ese dolo constituiría únicamente daños a título de delito o falta, o incluso sería impune⁽⁹⁵⁾. Así, no entrarían en el tipo los litigios entre vecinos o colindantes en casos de deslindes dudosos (p. ej. STS 1282/1993, de 31 de mayo) ni tampoco los casos de alteraciones accidentales, todos lo cuales han de resolverse y derivarse a la vía civil. Será frecuente la alegación de error, sobre todo si los linderos no están muy claros. La jurisprudencia española ha sentado que la creencia de ejercitar un derecho propio excluye el dolo y, al no poder castigarse la conducta como imprudente, remite la cuestión al ámbito civil. En todo caso, la utilidad o provecho no es necesario que se produzca para que el delito se consuma.

La STS de 21 de abril de 1981 (RJ 1981\1669), apunta algunas de las características y elementos de esta modalidad de usurpación:

Este delito de usurpación tiende a proteger el derecho de exclusión inmobiliaria que a todo propietario corresponde, como facultad de dominio, en defensa del deslinde e individualización de sus predios en relación con los contiguos ajenos, sancionando las alteraciones in situ de los términos o lindes de las heredades, sean de dominio público o privado, realizadas con ilícita apropiación de terreno, que suponga desposesión de un lado y correlativo acrecentamiento de otro, con enriquecimiento sin causa, por tratarse de una infracción de apoderamiento lucrativo, que reporta o debe reportar utilidad al sujeto activo en debida valoración, que constituyendo un delito de tendencia y resultado, ha de manifestarse en él, como primer elemento tipificativo la culpabilidad del agente, a medio de una intención dolosa finalista, de lucro injusto implícitamente establecida en el tipo, con el exigido aumento del terreno propio y merma del ajeno, que supone el despojo cauteloso de la propiedad con ánimo de defraudar –SS. de 6 de abril de 1888 y 15 octubre de 1920–, ya que la infracción no se produce por la mera objetividad de la alteración del linde, que sería simple acción lesiva de daños, si no la acompaña el deseo de un beneficio económico ilegal –SS. de 26 de enero de 1901 y 9 de octubre de 1967–, siendo el otro requisito indispensable para la configuración de este delito la antijuricidad penal, representada por la ajeneidad del terreno usurpado, al pertenecer indudablemente a persona o entidad pública o particular distinta del inculpado, dueño de la finca colindante beneficiada, ajeneidad que ha de quedar constatada en la sentencia de forma expresa y terminante.

Lo habitual es que el sujeto activo y el sujeto pasivo (que puede ser tanto una persona física o jurídica, pública o privada), sean propietarios de fundos contiguos (aunque podría cometer el delito, por ejemplo, el no propietario que pretende comprar uno de los predios, y después de haberse fijado el precio, altera las lindes, aumentando la extensión del que va a adquirir...). Y, aunque la conducta es más frecuente en inmuebles rústicos, también cabe evidentemente en los urbanos, cuando hay terrenos, jardines, patios colindantes, e incluso es especialmente

(95) La STS de 27 de enero de 1907 declaró que el derribar un mojón colocado por una comisión de Hacienda, en la creencia de que el terreno en que se hallaba pertenecía a su madre, no constituye este delito por ausencia del propósito de ensanchar la propiedad con perjuicio de tercero.

relevante el caso de las plazas de garaje, cuyas delimitaciones muchas veces no resultan suficientemente precisas.

La conducta típica, descrita en el verbo «alterar», tiene un amplio significado: comprende tanto la *supresión* del término o linde, haciendo desaparecer los mojones o señales destinadas a fijarlo (mediante remoción, destrucción, arranque, derribo, borrado, traslado, etc.); como su *modificación*, colocándolas en puntos o lugares distintos, con la intención de que no resulten seguros los límites o resulte imposible determinarlos y sea factible la apropiación ilegítima de parte del terreno. No se exige ni violencia o intimidación, ni fuerza en las cosas; precisamente lo normal será la utilización de medios subrepticios y de ahí su denominación por la antigua jurisprudencia como «despojo cauteloso».

En el caso de que la acción cause daños, estos habrán de calificarse en concurso real con la usurpación (por ejemplo, si las lindes están marcadas con cercas, vallas o árboles, y se derriban o arrancan).

3. PERTURBACIÓN VIOLENTA DE LA POSESIÓN

El artículo 229 castiga un delito pluriofensivo, que atenta contra la posesión como derecho real inmobiliario y además contra la libertad y seguridad de las personas. Dispone lo siguiente: «*Quien fuera de los casos mencionados perturbare con violencia o amenazas en las personas, la pacífica posesión de un inmueble, será sancionado con tres meses a un año de reclusión*».

Se protege aquí la pacífica posesión de un inmueble, siendo posible que el sujeto activo de la acción sea el propietario del mismo. Es delito especial frente a las coacciones y amenazas genéricas, que sirve de tipo residual o de recogida frente a los dos anteriores. La violencia se castigará en régimen concursal si es constitutiva de otro delito (lesiones, homicidio, etc.); si se trata de falta quedará consumida por el delito que examinamos.

La acción típica es «perturbar» la posesión y consiste en todo quebrantamiento posesorio no constitutivo de despojo. Se traduce en la invasión de la esfera posesoria ajena, impidiendo o dificultando su ejercicio, pero sin llegar a la privación de la posesión (pues en este caso ya entraríamos en los otros tipos de usurpación). Admite cualquier medio comisivo, siempre que se empleen amenazas o violencia.

En fin, la simple perturbación violenta o mediante amenazas de la posesión es lo que constituye este tipo residual. Si la perturbación se produce sin violencia ni

amenazas, será impune; y si se llega al despojo de la posesión estaríamos ante uno de los tipos anteriores de usurpación.

4. DISTRACCIÓN DEL CURSO DE LAS AGUAS

La distracción del curso de las aguas, que también es un bien inmueble según el Código Civil, se castiga en el artículo 230: *«Quien sin la debida autorización y en perjuicio de otro represe, desvíe o detenga las aguas de un río, quebrada, canal o fuente, o usurpe un derecho cualquiera relacionado con ellas, será castigado con reclusión de uno (1) a tres (3) años, sin perjuicio de destruir las obras indebidamente hechas»*.

Sujeto activo del delito puede ser cualquiera que no esté debidamente autorizado para realizar la distracción del curso de las aguas, aunque lo normal será que esta conducta la cometan los propietarios o poseedores de los terrenos por los que discurren las aguas.

El objeto material del delito son las aguas ajenas, ya sean públicas o privativas. Según el Tribunal Supremo español, no es imprescindible probar la propiedad o naturaleza de las aguas, siendo suficiente acreditar que el autor no tenía derecho alguno sobre ellas, y que no eran susceptibles de ocupación.

La acción consiste en la desviación del curso que legítimamente corresponde a las aguas, de manera que se produce la usurpación del derecho real sobre ellas, en provecho propio o de terceros, lo cual se consigue tanto mutando el cauce de la corriente del agua como represándola para su aprovechamiento.

Elemento subjetivo del injusto es actuar «en perjuicio de otro», que puede ser cualquier persona, física o jurídica, pública o privada. Correlativamente, aunque no se diga expresamente en la descripción típica, ha de exigirse en el autor un ánimo de apropiación o aprovechamiento, para sí mismo o para un tercero, como corresponde a la usurpación propia; de lo contrario, debería tratarse como un delito de daños. Es discutible si constituye esta modalidad de usurpación el caso del partícipe en una comunidad de regantes que realiza la conducta en provecho propio, perjudicando a los demás comuneros; en principio parece subsumible en el tipo, aunque la jurisprudencia española (STS de 5 de octubre de 1949) y un sector doctrinal (Quintano, Huerta Tocildo) han negado la existencia del delito de usurpación tratándose de aguas comunales. Si el daño causado es superior a diez Lempiras es delito, y en otro caso hay que acudir a la falta del artículo 408.

5. OCUPACIÓN DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

Por último, el artículo 231 castiga la ocupación o el uso de los bienes, normalmente inmuebles (aunque el tipo está abierto a cualquier otro bien), pertenecientes al dominio público, por quien no tiene título ni derecho alguno a ello, con la siguiente redacción: *«Quien detente el suelo o espacio correspondiente al derecho de vía, carretera, calle, jardín, parque, área verde, paseo u otros lugares de uso o dominio público o de cualquier otro bien del Estado o de las municipalidades, será sancionado con reclusión de tres (3) a cinco (5) años, sin perjuicio de desocupar el suelo o espacio detentado, cuando el bien detentado sea una playa, la pena se aumentará en dos tercios».*

Se trata de la protección penal frente a las vías de hecho, que más frecuentemente se dará en los propietarios de inmuebles colindantes con bienes de uso o dominio público, pero la acción también podría cometerla cualquiera que se instale en alguno de los lugares mencionados en el precepto, si se dan las notas de suficiente permanencia y relativa gravedad de la conducta. En todo caso no hay que olvidar los principios de última *ratio* e intervención mínima del Derecho Penal, por lo que las infracciones más leves deberían resolverse con la aplicación de soluciones ajenas al Derecho Penal. Este delito del artículo 231 es especial (y más grave) frente a la usurpación del artículo 227, por la exigencia de que el bien sea de uso o titularidad pública.

Capítulo V. Estafa y otros fraudes

Se tipifica el delito de estafa en los artículos 240 y 242 de forma excesivamente casuística⁽⁹⁶⁾. En el artículo 241 se establecen las penas, que se hacen depender exclusivamente de la cuantía de la defraudación, sin que se establezcan subtipos agravados por un posible mayor desvalor de acción, ya sea por los medios comisivos o por el objeto material de la estafa, configurándose finalmente un tipo residual o de recogida en el artículo 243.

Desde el punto de vista procesal, en atención a su perseguibilidad, hay que distinguir dos supuestos:

- 1) Las estafas y otros fraudes son delitos semipúblicos. Según el artículo 26.5) del Código Procesal Penal de Honduras, sólo podrán ser perseguidos por el Ministerio Público a instancia de la víctima, excepto cuando el sujeto pasivo sea el Estado, en cuyo caso la acción puede ser ejercida igualmente por la Procuraduría General de la República (a este respecto hay que recordar el Acuerdo de Coordinación de Funciones entre el Ministerio Público y la Procuraduría General de la República suscrito entre ambas instituciones).
- 2) El concreto supuesto de estafa consistente en el libramiento de cheques sin la suficiente provisión, es un delito privado ya que, conforme dispone el artículo 27.4) del citado Código Procesal Penal, sólo es perseguible por la acción de la víctima.

⁽⁹⁶⁾ No parece la mejor solución castigar la estafa incorporando al Código un listado de ardis o artificios, sino concebir este delito con criterio de laxitud, sin recurrir a enunciados ejemplificativos, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno (*cfr.* STS de 24 de marzo de 1992).

1. DESLINDE ENTRE EL DELITO Y LA FALTA

El artículo 241 determina que *“El delito de estafa será sancionado:*

- 1) *Con dos (2) a cinco (5) años de reclusión cuando el valor de lo estafado no exceda de cinco mil Lempiras (L.5,000.00);*
- 2) *Con cuatro (4) a siete (7) años de reclusión si la cuantía supera los cinco mil (L.5,000.00) y no excede cien mil Lempiras (L.100.000.00); y,*
- 3) *Con seis (6) a nueve (9) años de reclusión si la cuantía excede de cien mil Lempiras (L.100,000.00).*

El agente, además, será sancionado con una multa igual al diez por ciento (10%) del valor defraudado. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de lo prescrito por los artículos 36, 37 y 53, cuando sean aplicables».

De la lectura aislada de este precepto podría pensarse que todas las estafas, cualquiera que sea la cuantía de lo defraudado, son configuradas y penadas como delito. Sin embargo, si examinamos lo dispuesto en el artículo 400 del CP veremos que serán sancionadas como falta (con prisión de 30 a 90 días) las siguientes conductas:

a) En general, las defraudaciones que causen un perjuicio patrimonial que no exceda de diez lempiras (numeral 2).

b) Quien obtenga fraudulentamente una prestación o servicio a sabiendas de que no puede pagarlos, si su valor no excediere de diez lempiras (numeral 5).

c) Quien por interés o lucro interprete sueños, hiciere pronósticos o adivinaciones, o abusare de la credulidad pública de otra manera semejante (numeral 4). En este caso, el comportamiento típico es siempre falta, con independencia de la cuantía en que se valore el lucro obtenido.

2. CONCEPTO

El legislador ofrece una aproximación al concepto de estafa en el artículo 240, al señalar que comete este delito quien «valiéndose de cualquier artificio, astucia o engaño, indujere a otro en error, defraudándolo en provecho propio o ajeno». Pero el concepto tiene que completarse con los preceptos siguientes, relativos a la estafa y a otros fraudes: tiene que haber un desplazamiento patrimonial (precisamente en función de su cuantía se establecen las penas del art. 241), en perjuicio del sujeto pasivo (art. 243).

En fin, de la lectura de los artículos 240, 242 y 243 puede extraerse una definición de este delito: cometen estafa quienes, con ánimo de lucro (en provecho propio o ajeno), utilizan engaño bastante y adecuado para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición o desplazamiento patrimonial en su

propio perjuicio o en el de otro.

Los elementos típicos que recoge esta definición son:

- Engaño
- Error
- Acto de disposición
- Perjuicio
- Ánimo de lucro

A) Engaño

El requisito o elemento esencial y diferencial del delito de estafa es el engaño *antecedente, causante y bastante*. Consiste en la patraña, superchería, ardid o maquinación insidiosa de que se vale el infractor para inducir a error al ofendido, viciando su voluntad y su consentimiento y determinándole a realizar una prestación o desplazamiento patrimonial que, de otra suerte, no hubiera efectuado (STS de 16 de mayo de 1990).

a) Engaño anterior

Para el delito de estafa el engaño ha de ser anterior o, al menos, coetáneo (precedente o concurrente, dice la STS de 24 de marzo de 1992) al acto de disposición y al consiguiente perjuicio patrimonial, toda vez que tal engaño debe ser el origen del error del disponente. La STS 1832/1994, de 10 de octubre, se refiere, para determinar cuándo nace el delito, a lo que la doctrina francesa denomina «puesta en escena», con una frase muy gráfica y expresiva, para situar el dolo en el instante mismo en que la operación comienza, con un escenario fingido, que no responde a la verdad y que, por consiguiente, da lugar a un dolo antecedente.

Precisamente el momento en que se produce el engaño es especialmente relevante para delimitar y diferenciar la estafa de otros ilícitos que sólo tienen trascendencia civil, como seguidamente veremos.

— *Diferencia entre el ilícito civil y el delito de estafa.* Se plantea muy frecuentemente el problema de determinar si la conducta que ha supuesto un perjuicio económico, constituye simplemente un incumplimiento civil o entra dentro del ámbito delictivo; esto es, se trata de delimitar la línea fronteriza entre uno y otro ilícito. Suele decirse que en el dolo civil, aunque existan palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes que inducen al otro a celebrar el contrato, siempre permanece la posibilidad, aunque sea remota, de cumplir lo convenido, mientras que en la estafa, el autor del incumplimiento ya tenía asumida la

voluntad de incumplir la prestación desde el principio.

Ello lleva a situar la distinción en si el engaño ha sido *antecedente o coetáneo* al acto de disposición que produce en el sujeto pasivo el perjuicio (en cuyo caso hay delito), o *posterior* a ese desplazamiento patrimonial (en cuyo caso el ilícito es civil). Lo que sucede es que, en ocasiones, la actividad desplegada por el sujeto activo después de dicho desplazamiento es lo que revela que existió un engaño previo (por ejemplo, en el conocido «timo del nazareno», la conducta consiste en cerrar inmediatamente el local y desaparecer del lugar de los hechos después de recibir los pedidos o mercancías, encargados con la intención previa de quedarse con ellos sin pagarlos)⁽⁹⁷⁾.

— *Los contratos civiles criminalizados*. Un caso específico lo constituyen los llamados «contratos civiles criminalizados», en los que con la apariencia de un negocio jurídico lícito (compraventa, arrendamiento de obra o de servicios, etc.), se comete el delito; en estos supuestos es el propio contrato el instrumento del engaño, sin necesidad de otro artificio coadyuvante al mismo. La STS de 24 de marzo de 1992 se refiere a ellos en los siguientes términos:

Como modalidad muy caracterizada de la estafa se halla la que ha venido reconociéndose como consumada a través de los denominados «contratos criminalizados», en los que el contrato mismo, en una operación de engaño fundamentalmente implícito, aunque no privado de exteriorizaciones o manifestaciones que lo delatan, se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude, valiéndose el infractor de la confianza y buena fe reinante en la concertación o perfección de los negocios jurídicos, con claro y terminante ánimo, *ab initio*, de incumplimiento por parte del defraudador. Se trata de contratos que procedentes del orden jurídico privado, civil o mercantil, con aparente concurrencia de cuantos elementos son precisos para su existencia y viabilización, sin embargo, merced a determinadas circunstancias, singularmente la presencia de engaño propiciador de fraude, quedan desplazados al campo punitivo e insertos en el cono regulador de la estafa, detectada la prostitución de los esquemas propios contractuales y su instrumentación para el logro de un inmoderado e ilícito afán de lucro;

(97) Al «timo del nazareno» se refiere la STS 525/1995, de 7 de abril, en los siguientes términos: «Este tipo de defraudaciones han merecido una consideración especial de la jurisprudencia, caracterizándose, bajo un pretexto negocial, en el fingimiento de titularidad de una empresa solvente que actúa nominalmente en el mercado, adquiriendo de los proveedores diversas mercancías que se pagan a plazos mediante la aceptación de letras de cambio o la entrega de cheques de cuenta corriente, siempre con la intención del sujeto de no atender estos pagos aplazados y, en estas condiciones, vende la mercancía obtenida por precio inferior al real, lo que le permite obtener de inmediato dinero efectivo. El agente, completando su ciclo engañoso, vende las mercancías obtenidas, a bajo precio, lucrándose por tanto doblemente, por la mercancía no pagada y la mercancía vendida en dichas condiciones. A esta modalidad de estafa, popularmente denominada “el timo del nazareno”, se refieren, entre otras, las sentencias de 18 de marzo de 1983 (RJ 1983\2150), 28 de junio de 1984 (RJ 1984\3700) y 20 de junio de 1990 (RJ 1990\6534)».

despliegue de actuaciones merced al cual se alcanza el grado de desvalor de acción que habrá de provocar el desplazamiento y subsiguiente lesión en el patrimonio del afectado. Cuando media un contrato –señala la STS de 4 de noviembre de 1977– el dolo penal consiste en el propósito de no cumplir o iniciar muy parcialmente un cumplimiento para desembocar en un incumplimiento definitivo, en el que el contrato es una ficción al servicio del fraude, creando un negocio vacío o captatorio que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno. Se oculta por el agente a la contraparte –afirma la STS de 16 de enero de 1987– el decidido propósito de no cumplir la contraprestación que le incumbe o silenciando la imposibilidad de cumplirla en que se encuentra, induciendo, en todo caso con engañoso comportamiento, a quien confía en obtener de la operación una ganancia o satisfacer mediante ella alguna necesidad, a cerrar un trato que sólo ha de servir para enriquecer al que proyecta sobre el mundo de los negocios pautas presididas por falta de escrúpulos y la más absoluta insolidaridad. La índole aparentemente formal y correcta de ciertos negocios jurídicos no impide que en el fondo subyazca una situación engañosa grave, un engaño defraudatorio, capaz de mover la voluntad de quienes se confían en los que se ofrecen la realización del contrato; engaño determinante de la entrega de una prestación por parte de aquel cuyo consentimiento se vició mediante la apariencia o ficción de seriedad en el trato y propósito inquebrantable de cumplimiento (Cfr. SSTS de 14 de octubre de 1988, 6 de febrero de 1989 y 13 de febrero y 16 de julio de 1990).

Hay que recordar que, según la Circular (244) de 3 de mayo de 2001 de la Corte Suprema de Justicia, en ningún caso el orden penal ha de deferir sus actuaciones por prejudicialidad civil, si se considera que la conducta de que se trata es constitutiva de delito. El órgano penal tiene plena competencia para resolver cuestiones prejudiciales, según lo previsto en el artículo 54 del Código Procesal Penal, salvo que se refieran «a la determinación del estado civil de las personas, al derecho de propiedad en el caso de usurpación y las relacionadas con la naturaleza fraudulenta o culposa de la quiebra», las cuales «sólo podrán ser resueltas por los tribunales civiles».

b) Engaño bastante

Sobre la suficiencia del engaño nos dicen las SSTS de 24 de marzo de 1992 y 19 de junio de 1995:

Dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional, abstractamente idóneo para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada idoneidad para que en la convivencia social ordinaria actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial, valorándose aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; sí habrá de excluirse la existencia de un engaño relevante en supuestos de burdas falacias o apreciables exageraciones, que, en ocasiones, constituyen práctica social extendida y entendida, no han de marginarse sistemáticamente consideraciones subjetivas atinentes al perjudicado o víctima, no perdiendo de vista el indudable relativismo que acompaña al engaño al surgir y corporeizarse *intuitu personae*, exigiéndose, pues, una actuación similar a lo que en la doctrina francesa se conoce como puesta en escena (*mise en scene*) o que la alemana denomina «acción concluyente».

Que el engaño sea bastante, supone que no cualquier engaño es típico, sino tan sólo aquel que tenga un mínimo de idoneidad abstracta para producir el engaño en otro⁽⁹⁸⁾. Con frase bien expresiva, señalaba Carrara que mediante la estafa se protege el patrimonio ajeno, no simplemente la estulticia. La jurisprudencia ha venido interpretando el término «bastante» como «idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, capaz de mover la voluntad normal de un hombre, por lo que queda erradicado no sólo el engaño burdo, grosero o increíble por su inaptitud de impulsar la decisión de las personas normalmente constituidas, y también aquel engaño que no posea un grado de verosimilitud suficiente, para confundir a la víctima» (véase, por todas, la STS 807/2003, de 3 junio).

Por ello, la simple mentira, si no va acompañada de lo que se llama «puesta en escena», no integra sin más el engaño de la estafa. Puede ponerse como ejemplo el caso del llamado «sablita», que pide prestadas pequeñas cantidades de dinero a familiares y amigos con excusas inverosímiles, y que no engañan a nadie. Otro ejemplo es el del hospedaje: el ausentarse simplemente del hotel sin abonar la factura no lo convierte en estafa, salvo que se haya dado esa puesta en escena (inscribiéndose bajo nombre simulado, dando a entender una solvencia falsa, dilatando los pagos parciales alegando que se espera una remisión de fondos, ausentándose subrepticamente por la noche dejando el equipaje vacío en la habitación para disimular, etc.). La doctrina tampoco considera estafa el «polizonaje clandestino» del que viaja, por ejemplo, en tren sin billete (salvo que no concurriera ese elemento de clandestinidad, porque se hubiera hecho creer previamente al revisor que se disponía de él para poder subir al tren, en cuyo caso sí habría engaño previo y por tanto estafa); no obstante el Tribunal Supremo sí lo consideró delito, como demuestra la STS de 15 de junio de 1981:

El procesado fue sorprendido cuando ocupaba un turismo que se transportaba en una plataforma del tren expreso Bilbao-Barcelona, en la estación de Castejón de Navarra, realizando la ocupación en la estación de Miranda de Ebro. El simple hecho de haberse introducido en el vehículo de motor sin autorización alguna y trasladarse de un lugar a otro en un tren expreso, aparte de tener potencialidad para los más variados fines, en los que afloran, dada la clandestinidad de la acción, los de carácter ilícito, lleva consigo la omisión de no sacar el billete que exige el transporte de la persona, y esta omisión implica un prevalimiento amparado en la facilidad que presenta la utilización del transporte burlando la vigilancia de la Policía de Ferrocarriles y da lugar al denominado en otras legislaciones delito de polizonaje, que es tratado, en nuestra jurisprudencia, como infracción originadora de la estafa.

(98) Se parte de la idea de que en las relaciones contractuales hay siempre algún componente de leve engaño que debe tolerarse desde la perspectiva penal. «En el humano consorcio, empero, es práctica tolerada que los contratantes recíprocamente se engañen, por lo que para que el hecho adquiera penal trascendencia se exige un plus al engaño que, con expresión del Código vigente, consiste en que ha de ser bastante para producir error en otro» (STS de 10 de febrero de 1987).

Se puede utilizar un doble módulo para medir la suficiencia del engaño. Un módulo objetivo: la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficiente para mover a error a personas de mediana perspicacia y diligencia. Un módulo subjetivo: la valoración ha de hacerse tomando en consideración las circunstancias personales de la víctima.

El engaño no será idóneo, cuando el error es en realidad consecuencia de otras causas reprochables al propio «engañado». Existen ejemplos de sentencias absolutorias en los Tribunales españoles, como el caso del director de un banco que concede un crédito basándose en una mera declaración de bienes y solvencia, sin exigir justificación alguna (STS del 19 de julio de 1991), aunque esta conducta se ha castigado en otros casos, si el importe no era muy elevado, entendiéndose que en las relaciones comerciales se precisan los deberes de lealtad y buena fe para que el tráfico mercantil sea ágil y fluido (STS de 7 de octubre de 1987). Otro caso es el del comerciante que acepta al comprador una tarjeta de crédito sin comprobar la identidad, cuando las características de dicho comprador chocan a primera vista con los datos de la tarjeta: sexo distinto, nombres extranjeros, etc. (STS 807/2003, de 3 junio)⁽⁹⁹⁾; o el abogado que compra un inmueble como libre, y que aparece gravado en el Registro de la Propiedad, si no realizó la más mínima comprobación (estos hechos aparecen expresamente tipificados en el art. 242.9 del CP como defraudación, sin exigencias adicionales). Incluso se ha absuelto en los casos en que una gran compañía mercantil, con una política agresiva de «marketing» acepta

⁽⁹⁹⁾ El Tribunal Supremo, en la citada STS 807/2003, de 3 de junio, examina el caso de un individuo que sustrajo una tarjeta de crédito a una mujer y con ella compró diversos artículos en varios comercios, sin que las dependientas hiciesen la más mínima comprobación de la identidad del comprador. En el caso examinado, el sujeto activo «se limitó a presentar la tarjeta de crédito y sin una atención mínima de la persona que la recibía como pago, conforme exigen los usos comerciales, realizó la disposición económica». El Alto Tribunal resalta el hecho de que «cuando el sujeto pasivo de la estafa realiza la disposición esta no aparece causalmente relacionada con el engaño, sino con la presentación de la tarjeta sin indagación mínima de la persona que lo efectuaba». Y resuelve en el siguiente sentido: «La cualificación del engaño como bastante dependerá de una parte en las exigencias derivadas de la buena fe que debe regir las operaciones de comercio, con sus respectivas pautas de confianza y de desconfianza, y de otra, el cumplimiento de deberes que contractualmente obligan a los comercios para disponer de este tipo de medio de pago. En este orden de cosas las exigencias de comprobación de la identidad del sujeto que presenta una tarjeta de crédito para su utilización como medio de pago, y la comprobación de la pertenencia es requisito exigible y exigido por las reglas comerciales, y constituyen una práctica corriente en la contratación, que tiende a proteger a los legítimos titulares y a las entidades que garantizan al comerciante el pago de la mercancía. En el caso de autos no se realizó la mínima comprobación de identidad, ni siquiera si el que presentaba la tarjeta era hombre o mujer, por lo que el engaño, no puede ser calificado de bastante, para considerarlo causal al desplazamiento económico. Consecuentemente no concurrió el engaño típico de la estafa».

contratos por teléfono o medios telemáticos, sin comprobar los datos bancarios o de solvencia del que demanda el servicio, etc.

Se discute si el engaño puede estar provocado por conductas omisivas. La conducta omisiva pura es difícil que encaje en el engaño. Suele faltar la provocación del error (por ejemplo: el cajero que recibe de más y lo silencia no ha provocado el error, sino que éste era previo en el sujeto pasivo, faltando el requisito de la relación de causalidad engaño-error). Pero no pueden darse reglas absolutas, pues ocultar algo verdadero para impedir que el otro lo conozca puede ser igual de eficaz que afirmar como verdadero algo que no lo es. La STS 1997/1993, de 22 de septiembre, señala que «la estafa por omisión puede darse cuando determinadas relaciones de confianza y de lealtad recíproca imponen un deber de obrar». Para cometer el delito de estafa por omisión, el autor tiene que estar en posición de garante (STS 993/1994, de 14 de mayo). En este sentido, dice la STS de 30 septiembre 1992 que «la estafa por omisión sólo se debe apreciar en el caso en el que el garante haya impedido el surgimiento de un error en el sujeto pasivo, que estaba obligado a evitar. Por el contrario, la opinión dominante, no admite la estafa por omisión cuando el omitente simplemente ha omitido despejar un error del sujeto pasivo... que no tenía el deber de impedir ni de despejar».

Otra cosa son las conductas que la doctrina llama de «hechos concluyentes», que son omisiones que, en determinadas circunstancias y momentos, vienen a significar una afirmación implícita de una determinada condición (por ejemplo: en la compraventa de un animal, el vendedor, sin afirmar expresamente la fertilidad del mismo, oculta que es estéril a sabiendas, pese a que durante la negociación el comprador mencionó su intención de destinarlo a semental y del precio finalmente pactado). Los hechos concluyentes no plantean problema alguno en orden a su consideración como engaño. La STS de 22 de noviembre de 1986 afirma sobre esta cuestión:

El engaño no se ciñe o centra con exclusividad en conductas, más que activas o de acción, de iniciativa, sino que a su lado *pari passu*, tanto la doctrina científica más autorizada como la jurisprudencia de esta Sala vienen situando unas formas comisivas de la conducta engañosa determinante o causante en el error: las denominadas formas comisivas impropias o de acción concluyente, en las que si bien no existe una omisión en el propio sentido del término, sí existe una acción anterior determinante del error que causaliza el desplazamiento patrimonial, entendiéndose por tal acción concluyente la que, no de un modo expreso, pero sí implícito, lleva consigo la falsa afirmación de un hecho. Y en este mismo sentido doctrinal la jurisprudencia de esta Sala ha declarado en la sentencia de 10 de noviembre de 1978 que «la llamada estafa por omisión no es muchas veces tal, sino una verdadera estafa activa, en la que el silencio o encubrimiento de la verdad se conecta a una acción anterior llamada concluyente, por la que el sujeto activo simula una prestación contractual que radical e inicialmente no puede llevar a cabo» y en la sentencia de 15 de junio de 1981 que «el delito de estafa se caracteriza entre otros por la existencia de una maquinación insidiosa constitutiva del engaño operativo del traspaso patrimonial, susceptible de realizarse no solamente por acción, sino también mediante omisión de

la que se deduzca cierta nota de positividad, en cuanto que al mismo tiempo que se ocultan ciertos condicionamientos por parte del sujeto activo de la infracción delictiva, existe el aprovechamiento de determinadas circunstancias que las exigencias del tráfico jurídico dan por supuestas».

Y la STS 1036/2003, de 2 de septiembre afirma que «el delito de estafa, por omisión, no significa más que el incumplimiento del deber de despejar todos aquellos elementos y datos fácticos que al autor le son exigidos legalmente, contribuyendo así a crear un error en los destinatarios, sujetos pasivos del delito, que confiados en el cumplimiento de la norma, son pasto del engaño que tal omisión origina⁽¹⁰⁰⁾. El delito de estafa es un delito de autolesión en el que es el propio sujeto engañado el que realiza un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o del tercero que aparezca como víctima. La defraudación o estafa omisiva requiere que el error de la víctima proceda del incumplimiento por parte del autor de un deber de información propio referido a riesgos procedentes de su mismo ámbito de organización; y la adopción por parte de la víctima de una decisión de disposición patrimonial».

B) Error

Puede entender como error el conocimiento equivocado o juicio falso de la realidad, total o parcialmente relevante, a que se llega como consecuencia de la conducta engañosa del sujeto activo (SSTS 1464/2004, de 14 de diciembre; 33/2004, de 22 de enero). Tiene que estar en relación de causalidad con el engaño. El artículo 240 del CP exige que la conducta del agente «induzca» a otro a error. De ahí que cuando el error procede de la ignorancia absoluta del sujeto pasivo o de creencias previas adoptadas por el mismo, se niegue la existencia de estafa.

No obstante, aprovecharse de la credulidad e ignorancia de quienes carecen de formación suficiente, para lograr de ellos un desplazamiento patrimonial, por parte de charlatanes, adivinos, brujos, etc., es considerado por el legislador hondureño como una falta contra el patrimonio, tipificada en el artículo 400.4) del CP, que puede estimarse como falta de estafa, pues no deja de ser un engaño ofrecer adivinar el futuro o curar el cáncer de una persona tocándole con las manos o diciendo unas palabras mágicas.

⁽¹⁰⁰⁾ De todas formas, ha de tenerse presente que «cualquier omisión de información relevante para despejar una posible situación de error no puede ser considerada equivalente a la producción activa del error: tal equivalencia requiere, como primer presupuesto, que el autor se encuentre en posición de garante» (STS 1899/2002, de 15 de noviembre).

C) Acto de disposición

Puede consistir tanto en una acción positiva (dar una cosa, constituir un gravamen sobre un bien, prestar algún servicio, renunciar a un derecho, etc.), como en una omisión que produzca el perjuicio señalado en la Ley (por ejemplo, dejar prescribir la acción de reclamación de lo debido por promesas después reveladas como falsas).

El acto de disposición ha de ser realizado por la persona del engañado, que es el sujeto pasivo del delito, precisamente a consecuencia del error (se exige otra vez la relación de causalidad entre estos elementos). El perjuicio de tal acto de disposición provoca puede recaer sobre el propio disponente (sujeto pasivo de la acción y del delito) o sobre un tercero (sujeto pasivo del delito).

En la figura llamada «estafa procesal» el engaño y el error se producen sobre el juez, quien realiza el acto de disposición al dictar una determinada resolución.

D) Perjuicio

Puede recaer tanto en el propio disponente (sujeto pasivo de la acción engañosa), como en un tercero (sujeto pasivo del perjuicio). Esta última modalidad es la llamada estafa «en triángulo», en el que la persona destinataria del engaño no es la perjudicada, es decir, se engaña a una persona, quien sufre el error, en tanto que el perjudicado es un tercero (p. ej., SSTS 1738/2002, de 23 de octubre; y 807/2003, de 3 de junio)⁽¹⁰¹⁾.

Hay que distinguir tres conceptos diferentes:

- Valor de lo defraudado.
- Perjuicio causado.
- Lucro obtenido.

a) *Valor de lo defraudado.* Coincide con el valor del acto de disposición. Es éste el que determina la gravedad del delito de estafa y la correspondiente pena y multa (art. 241 del CP), y también sirve para diferenciar entre el delito y la falta que,

⁽¹⁰¹⁾ En la primera de las sentencias citadas, el sujeto pasivo del engaño fue la tienda de electrodomésticos donde el autor del delito compró a crédito aparentando solvencia mediante la presentación de una nómina falsificada, aunque después no pagó los electrodomésticos que, a su vez, vendió a terceros para lucrarse; la perjudicada fue la financiera de la operación de venta a crédito. En la segunda de las sentencias citadas, el destinatario del engaño fue la entidad mercantil donde se utilizó una tarjeta de crédito sustraída y la perjudicada fue la entidad VISA.

según lo ya expuesto, depende de que cantidad defraudada supere o no las diez Lempiras.

b) *Perjuicio causado*. Es el perjuicio efectivo derivado del delito, entendido como la disminución patrimonial del engañado o del perjudicado. Corresponde a la cantidad que deberá exigirse en concepto de responsabilidad civil, que puede ser superior al valor de lo defraudado, porque existan perjuicios derivados o lucro cesante. Cabe traer como ejemplo el caso del contratista estafado por un proveedor que además de no recibir los materiales por los que ya ha pagado (que sería el valor de lo defraudado), sufre el perjuicio de perder la ejecución de las obras encargadas por sus clientes, con los que no ha podido cumplir.

Un supuesto problemático en esta materia se produce cuando existen contraprestaciones entre ambas partes (sujeto activo y pasivo del engaño), y además el valor económico del acto de disposición es coincidente o equiparable con el de la contraprestación recibida. El engaño consiste en que el sujeto activo, a sabiendas y con ánimo de lucro, entrega una cosa o proporciona un servicio distinto del acordado, aunque sea del mismo valor económico. Son clásicos los ejemplos de quien es inducido a suscribirse a una revista de su especialidad pero recibe otra de igual valor pero sin interés para él; o quien quiere adquirir una máquina para una función concreta, y recibe otra del mismo valor pero para función diferente; o quien vende un terreno manifestando que su calificación urbanística permite edificar una vivienda, cuando está reservado para zona industrial. En estos casos, una parte de la doctrina considera que sólo existe dolo civil, que dará derecho a la resolución de lo acordado o a una indemnización; sin embargo, el Tribunal Supremo español sostiene la procedencia de su calificación como estafa, considerando que el criterio para determinar el daño patrimonial no es exclusivamente el económico, sino que es mixto en el que se debe tomar en cuenta la finalidad que perseguía el sujeto pasivo al celebrar el negocio. La STS de 23 de abril de 1992 (RJ 1992\6783) defiende esta tesis:

El daño patrimonial depende de la existencia de una disminución del patrimonio vinculada causalmente con la disposición patrimonial erróneamente motivada. En esta línea se ha sostenido que el concepto de patrimonio, a los efectos de establecer tal disminución patrimonial, no se limita a los valores puramente económicos (concepto económico de patrimonio) ni a la integridad de los derechos patrimoniales del titular (concepto jurídico de patrimonio). Por el contrario, se habla de un concepto mixto de patrimonio respecto del cual la disminución que constituye el daño deberá afectar tanto a los valores económicos, como a los derechos patrimoniales del titular. Desde este estrecho punto de vista, es claro que cuando el sujeto pasivo del engaño ha recibido un valor económico equivalente al precio, no habría sufrido mengua objetiva alguna en su patrimonio. Ni sus valores económicos, ni sus derechos se habrían visto afectados.

Sin embargo, en la doctrina moderna, el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del

patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con éste, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa, la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial.

En el caso que ahora se juzga no cabe duda que la contraprestación ha resultado inservible en relación al fin contractualmente perseguido por los compradores del aceite, toda vez que éstos pretendían adquirir un comestible, pero a cambio recibieron un producto, cuyo valor puede haber sido equivalente al precio pagado, pero que no era comestible. Desde el punto de vista del criterio objetivo-individual para la determinación del daño patrimonial, en consecuencia, el daño producido a los compradores del aceite es también patrimonial en el sentido de delito de estafa.

Otro supuesto problemático es el de la venta de participaciones falsas de un sorteo que luego resultan coincidentes con el número premiado. La STS 1565/1994, de 16 de septiembre, estableció que la cuantía de lo defraudado era el valor de compra de la falsa participación y negó que el premio pudiera integrar el perjuicio a efectos de la responsabilidad civil. El Tribunal Supremo argumentó del siguiente modo:

El perjuicio patrimonial causado por la estafa consiste en la disminución del patrimonio sufrida por causa de la disposición patrimonial realizada. Por lo tanto, es decisivo, para responder a la cuestión planteada, establecer si la parte que le hubiera correspondido en el premio al suscriptor de una participación en el billete de lotería era o no parte del patrimonio en el momento de suscribir dicha participación. La respuesta es negativa: precisamente lo que los perjudicados querían adquirir era esta expectativa de beneficio; si el sorteo resultaba favorable y, por lo tanto, no formaba parte de su patrimonio en el momento de suscribir la participación. Si la expectativa de obtención del premio no formaba parte del patrimonio (y esa es la razón que explica el propósito de los perjudicados de adquirirla), es evidente que los suscriptores no podían sufrir como consecuencia del engaño la pérdida de la misma. Dicho en otras palabras: no se puede disminuir el patrimonio sino en aquello que ya es componente en él en el momento de realizar la disposición patrimonial. De la misma manera que al que produce a otro lesiones corporales que lo obligan a ir a un hospital no le es imputable la muerte que es producto del incendio imprevisto del hospital, tampoco en este caso el perjuicio de la estafa se extiende sin límite alguno inclusive a lo que, hipotéticamente, se hubiera podido incorporar al patrimonio, si el engaño no hubiera tenido lugar. Es claro que la estafa protege los bienes que componen el patrimonio, pero no las simples ilusiones de incrementarlo.

c) *Lucro obtenido.* Se corresponde con los incrementos habido en el patrimonio del sujeto activo como consecuencia de la incorporación del valor de lo defraudado y su posterior transformación. Este incremento patrimonial es ajeno al valor de lo defraudado y al perjuicio causado, de suerte que no servirá para determinar la gravedad del delito ni tampoco el alcance de la responsabilidad civil⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰²⁾ Por ejemplo, Armando vende a Félix, mostrándole un grifo en perfecto estado, una remesa de grifos defectuosos por las que Félix paga 50,000.00 Lempiras y a consecuencia de tal operación

E) Ánimo de lucro

Aunque no se mencione expresamente, está incluido en la expresión «en provecho propio o ajeno», del artículo 240 del CP. Se trata de un elemento subjetivo del injusto, que consiste en la intención del sujeto activo de obtener una ventaja o enriquecimiento patrimonial, que puede ser para sí mismo o para un tercero. Como en otros delitos de enriquecimiento —ya lo señalamos anteriormente al tratar el robo—, el concepto de ánimo de lucro es muy amplio, por cuanto se extiende a cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad, incluso la meramente contemplativa o de ulterior beneficencia.

F) Relación de causalidad entre los elementos

Todos los elementos analizados deben ir conectados, en orden secuencial, por una relación de causalidad. El engaño ha de producir el error, éste el acto dispositivo, este último el perjuicio y, finalmente, el lucro obtenido ha de ser consecuencia del perjuicio sufrido.

3. CONSUMACIÓN

Se produce en el momento en el que el sujeto pasivo realiza el acto de disposición patrimonial y el autor obtiene de ese modo la disponibilidad de lo defraudado.

A efectos de competencia territorial, el lugar de comisión del delito (arts. 61 y 62 del CPP), dentro de los criterios del artículo 19 del Código Penal, no será el lugar de iniciación del *iter criminis* (que en estos delitos puede prolongarse en el tiempo y en el espacio), sino en el lugar de consumación del delito, esto es, donde el autor obtuvo la disponibilidad del bien.

Por lo que atañe a la devolución de las cantidades defraudadas a las personas engañadas, sólo afecta a la responsabilidad civil, no a la existencia y consumación de la infracción penal (STS de 2 de noviembre de 1988 Bien claro dice la STS de 25 de mayo de 1990 que «todo lo que con posterioridad a la consumación

Félix se ve obligado a incumplir determinados contratos de obra como fontanero. El valor de lo defraudado será de 50,000.00 Lempiras; los perjuicios causados y, por tanto, reclamables por responsabilidad civil serán superiores: además de los 50,000.00 Lempiras, la cuantía del lucro cesante por la pérdida de las obras concertadas; el lucro obtenido por Armando será el valor de lo defraudado más los beneficios obtenidos con su transformación o inversión.

del delito se negocie o trate entre el autor del delito y la víctima sólo puede afectar a la responsabilidad civil derivada de la infracción criminal, pero no a la existencia o no de responsabilidad penal por una conducta anterior». Con todo, debe tenerse presente la posibilidad de apreciar la circunstancia atenuante 26, numeral 7, del Código Penal.

4. CONCURSO ENTRE ESTAFA Y FALSEDAD

Uno de los supuestos más frecuentes de concurso de delitos es el de la estafa cometida a través de documentos falsos. Pueden darse los siguientes supuestos:

1) *Falsificación medial de documento público.* Una posibilidad es que se falsifique un documento público (de alguna de las formas previstas en el art. 284 del Código), como medio para la perpetración de la estafa. El citado artículo 284 no exige para su perfección defraudación alguna ni propósito de causarla, y a la inversa, la falsedad no forma en manera alguna parte integrante del delito de estafa. No se trata de un solo hecho, sino de dos diferentes, que atacan a bienes jurídicos distintos (el patrimonio y la seguridad en el tráfico jurídico). Lo que se da es una preordenación de la falsedad a la estafa, por cuanto es medio elegido por el autor para cometer la defraudación.

Nos encontramos, por consiguiente, ante un concurso ideal-medial del artículo 36, al que se refiere expresamente el artículo 241, *in fine*, al establecer las penas del delito de estafa.

2) *Falsificación medial de documento privado.* Otra posibilidad es que se falsifique un documento privado (también de alguna de las formas del art. 284, por remisión del art. 285). En tal caso, el artículo 285 exige que la falsedad se haga en perjuicio de tercero, o con ánimo de causárselo. Este tipo de falsedad, por tanto, contiene como elemento típico también la defraudación del tercero, produciéndose un concurso de leyes (no de delitos), que habrá de resolverse conforme al artículo 2-A, por el principio de especialidad, sancionando únicamente la estafa.

Esta solución rige con más claridad en los casos en que están específicamente tipificadas las «estafas documentales» (art. 242, numerales 2, 3, 4, 6 y 13). En el supuesto del abuso de firma en blanco (242.3), en los casos en que el documento en blanco hubiera sido confiado por la víctima al infractor, habrá que aplicar normalmente la agravante de abuso de confianza del artículo 27.8; en los casos en los que existía un previo apoderamiento del documento en blanco, la falsedad absorberá el hurto del mismo.

5. LAS DEFRAUDACIONES DEL ARTÍCULO 242

El artículo 242 del Código Penal recoge, de forma exhaustiva, una prolija lista de comportamientos defraudatorios que para el legislador constituyen delito de estafa. Naturalmente, estos comportamientos no son los «únicos» constitutivos de estafa (también lo son los recogidos de forma más genérica en los arts. 241 y 243 del CP).

Quizás, en buena técnica, este tipo de listados debería de integrar subtipos agravados o circunstancias agravatorias, puesto que la redacción del tipo básico del artículo 241 del CP basta para incluir como delito de estafa la mayoría de estos comportamientos. Dice el artículo 242 que *«incurrirá en las penas del artículo anterior:*

- 1) *Quien defraude a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de título obligatorio.*
- 2) *Quien para defraudar a alguien lo hiciere suscribir, destruir o mutilar, mediante engaño, algún documento.*
- 3) *Quien cometiere cualquier defraudación por abuso de firma de otro en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero*
- 4) *Quien, en perjuicio de otro, otorgare contratos simulados o falsos recibos.*
- 5) *El comisionista, agente, administrador o mandatario que cometiere defraudación alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho.*
- 6) *Quien defraudare mediante la ocultación, sustitución o mutilación de algún proceso, expediente, documento u otro papel importante.*
- 7) *Quien en juego se valiere de artificio o engaño para asegurar la muerte.*
- 8) *Quien en perjuicio de otro se apropiare o distrajere dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubiere recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que conlleve obligación de entregarle o devolverla, o negare haberla recibido.*
- 9) *Quien vendiere o gravare, como libres, los bienes que estuvieren en litigio, embargados o gravados, y quien vendiere, gravare o arrendare, bienes ajenos como propios.*
- 10) *Quien defraudare a otro bajo pretexto de supuesta remuneración, gratificación o dádiva a los jueces u otros empleados públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a estos corresponda.*
- 11) *Quien para obtener el precio de un seguro, o algún provecho indebido, destruyere, deteriorare u ocultare la cosa asegurada o cualquier otra de*

su propiedad.

- 12) *Quien, con idéntico propósito, se causare por sí mismo o por tercero, una lesión personal o se agravare la causada por un accidente; y,*
- 13) *Quien, abusando de las necesidades, de la inexperiencia, o de las pasiones de un menor, o del estado de enfermedad o deficiencia síquica de una persona, la hiciere firmar un documento o ejecutar cualquier otro acto que importe efecto jurídico.*

A) Abuso de firma en blanco

Requiere que el documento en blanco haya sido confiado al infractor. Se pretende restringir así la estafa falsaria a los casos de previa entrega voluntaria del documento. La expresión «abuso» implica que el autor cumplimenta el documento en unas condiciones distintas a las exigidas por el firmante, y lo hace en provecho propio y en perjuicio ajeno. El abuso de confianza está integrado en el tipo, por lo que no podrá aplicarse como agravante (art. 27.8 del CP).

B) Apropiación indebida

El supuesto del artículo 242.8, merece un análisis separado, por cuanto tipifica, no un verdadero caso de estafa, sino la llamada «apropiación indebida». La naturaleza de ambas infracciones es diferente, porque en la apropiación indebida, a diferencia de la estafa, no hay engaño para obtener la cosa, que se recibe por un título lícito (esto la diferencia además del hurto). La lesión al patrimonio ajeno se fundamenta en el posterior abuso de confianza derivado de la ruptura del título por virtud del cual se poseía la cosa, y la incorporación ilegítima de ésta al propio patrimonio. Por ello se dice que supone la transmutación de la posesión lícita en ilícita propiedad.

Si antes de obtener la posesión del bien, el sujeto activo obró con engaño para conseguirla, no nos encontraremos ante este delito, sino ante la estafa común. El precepto se refiere expresamente al depósito, comisión y administración, como medio de recepción del dinero, efectos o cosas; pero al añadirse «*otro título que conlleve obligación de entregarla o devolverla*», cabe cualquiera que produzca ese efecto (mandato, aparcería, transporte, prenda con desplazamiento de la posesión, comodato, compraventa con pacto de reserva de dominio, sociedad, arrendamiento de cosas, obras o servicios, leasing o arrendamiento financiero, fiducia, etc.). No cabe en cambio en la compraventa, donación, dación en pago, y en el préstamo mutuo y depósito irregular (en los que se produce la transmisión de la propiedad, con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, el llamado *tantumdem*).

La figura de la apropiación indebida permite subsumir los hechos de «administración desleal» o de «infidelidad privada», cuando no se encuentre específicamente tipificada. Se trata de los casos en los que un administrador de persona física o jurídica, que tiene por razón de su cargo facultades para la gestión de caudales o bienes de su principal, realiza actos dispositivos a favor propio o de tercero con perjuicio de la persona o institución a la que representa (por ejemplo, hace donaciones en favor de otro, realiza préstamos a terceros con un interés notoriamente inferior al normal, etc.). Con esta figura se han podido calificar como delito los casos de «corrupción privada», como el pago de comisiones ilegales, la financiación ilegal de partidos políticos, etc., que eran difícilmente incardinables a través de otros delitos (en Alemania, se utilizó en ocasiones, por ejemplo, para combatir casos de corrupción en el fútbol profesional, o ciertos pagos realizados por los laboratorios farmacéuticos a médicos). La ventaja, como se ha señalado, es que el hecho se considera típico, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, al violar los deberes de probidad, lealtad y fidelidad inherentes a su *status*.

La conducta asimilada en el precepto consistente en «negar haber recibido la cosa», no supone una presunción contra reo. Hay que probar —igual que en los casos de apropiarse o distraer— que el dinero, efectos o cosa mueble se ha recibido por un título que conlleva obligación de entregarla o devolverla. En realidad, con esta expresión no se añade un nuevo procedimiento de comisión del delito distinto a los anteriores, sino que la negativa de haber recibido la cosa, una vez que se acredita su falsedad, prueba que se ha realizado el acto de disposición.

En este tipo de conductas, la acción deja de ser antijurídica cuando se actúa en el ejercicio de un derecho (art. 24.5 de CP), ya sea el de retención, ya la compensación de créditos. Ciertamente, cuando se da el ejercicio legítimo del derecho de retención que reconocen las leyes civiles y mercantiles, como en los casos del depósito (arts. 1939 al 1971 del Código Civil), usufructo (arts. 745 a 789), mandato (arts. 1888 a 1918), ejecución de obra en mueble ajeno, en el poseedor de buena fe por los gastos necesarios, etc., la acción está justificada. La compensación también puede justificar la conducta si se da entre dos personas que, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra. Hay que tener en cuenta que, en ocasiones, se trata de cuestiones complejas, por lo que habrá que estudiar cuidadosamente si en cada caso se dan los requisitos legales para su apreciación (por ejemplo, hay contratos que no admiten la compensación, como el depósito o el comodato).

Por último, es muy frecuente alegar en los casos de apropiación indebida la liquidación de cuentas pendiente. Tal excusa no es obstáculo para acusar y

condenar por este delito, siempre que se den alguna de las siguientes circunstancias:

a) Si existen datos suficientes para fijar con exactitud el valor o la cifra de lo apropiado y el de lo debido

b) Si ha sido precisamente la actitud obstativa del imputado lo que ha imposibilitado la liquidación, pese a los requerimientos de la otra parte (incluso podría aplicarse el principio de que los hechos impeditivos o extintivos han de ser probados por quien los alega, lo que aplicado en sus justos términos, no supone vulneración de la presunción de inocencia ni la inversión de la carga de la prueba que corresponde a la acusación).

En otros casos como, por ejemplo, cuando el imputado se apodera íntegramente de la cosa, la alegación no pasará de un típico argumento de defensa. Sin embargo, es cierto que en los casos de relaciones jurídicas complejas entre las partes, que impiden concretar si hubo o no apropiación de lo ajeno, y en su caso, la cuantía de la misma, el Tribunal Supremo español se ha inclinado por estimar que no había delito.

C) Doble venta

En el artículo 242.9 puede incluirse uno de los supuestos más importantes en las estafas inmobiliarias, como es el de la doble venta. Como el precepto se refiere a «*quien vendiere... bienes ajenos como propios*», puede discutirse si el que ya ha vendido un inmueble una primera vez, pero aún no ha entregado la cosa (de acuerdo a los criterios civilistas de la *traditio*), sigue siendo o no el dueño, y comete o no esta específica conducta. En todo caso, existiendo todos los requisitos de la estafa, siempre cabrá aplicar la fórmula más abierta del artículo 240.

D) Defraudación por supuesta compra de influencias a jueces u otros empleados públicos

El caso previsto en el artículo 242.10 del Código es la defraudación so pretexto de comprar la influencia de jueces u otros empleados públicos. El Tribunal Supremo español ha apreciado estafa intentada en casos de este tipo, considerando que ha podido haber engaño, error, disposición patrimonial y ánimo de lucro, pero que no existe el perjuicio, porque el tipo penal sólo protege las disposiciones patrimoniales que tienen lugar en el marco de un negocio jurídico lícito.

El titular de un patrimonio que cree que «compra las influencias sobre un empleado público», no está protegido por el Derecho Penal y, por tanto, no habría que reconocerle derecho a indemnización de tipo alguno. Así pues, si se intervino el

precio pagado, deberá ser decomisado como efecto de un delito, sin restituirse a aquél. Según esta interpretación, la conducta del artículo 242.10 estaría tipificada más para proteger al juez o empleado público implicados falsamente, que al sujeto pasivo del engaño (por eso se prevé expresamente que se castigará la estafa sin perjuicio de la acción de calumnia que a aquellos corresponda).

E) Otros supuestos

Los apartados 11 y 12 se refieren a conductas que por sí solas en principio son impunes (daños en bienes propios y autolesiones), pero que son el medio para cometer la estafa, normalmente a una entidad aseguradora o a la Administración.

Cuando el sujeto pasivo es un deficiente mental o incapaz (caso expresamente recogido en el artículo 242.13 del Código), el Tribunal Supremo español ha entendido que si la incapacidad es parcial, se cometerá estafa, pero si es total se deberá calificar como hurto porque entonces la víctima será un mero instrumento del autor para el apoderamiento de la cosa (SSTS 18 de enero de 1983 y 4 de abril de 1992).

6. EL TIPO RESIDUAL DEL ARTÍCULO 243

Prevé el artículo 243 lo siguiente: *«Quien defraude o perjudique a otro utilizando cualquier engaño que no se halle comprendido en los artículos anteriores de este Capítulo, será castigado con una multa de cinco mil (L.5,000.00) a diez mil Lempiras (L. 10,000.00). En caso de reincidencia la sanción será igual al doble de lo anterior»*.

El artículo 243 incorpora, como ya se ha dicho, un tipo residual o de recogida muy atenuado (se castiga con pena de multa), cuya integración con el artículo 240 no es fácil. Este último precepto, castiga con las penas del artículo 241 la estafa cometida por cualquiera de los medios que expresamente se describen en él y, además, según la cláusula genérica que se emplea, *«valiéndose de cualquier artificio, astucia o engaño»*. El artículo 243 se refiere al que defraude o perjudique a otro, *«utilizando cualquier engaño que no se halle comprendido en los artículos anteriores de este Capítulo»*, lo que será difícil a la vista de la citada cláusula genérica.

El último inciso del 243, por otro lado, determina una regla especial de aplicación de la pena (*«en caso de reincidencia la sanción será igual al doble de lo anterior»*), que por la sistemática que emplea el legislador, se aplicará solamente a este subtipo atenuado, y no a las estafas de los artículos 240 y 242. Se refiere

además, no a la reincidencia general del artículo 28, sino a lo que suele denominarse «reiteración» que es la anterior comisión precisamente de ese mismo delito y no de otro distinto.

Finalmente hay que hacer referencia en materia de estafas a las previstas en el Código de Comercio en los artículos 615 y 616, relativas al librador y endosante de un cheque impagado a su presentación por cualquiera de las cuatro causas incluidas en dicho precepto al que nos remitimos, castigándose conforme al Código Penal (ha de entenderse conforme al artículo 241 según la cuantía de lo defraudado). La exigencia que incluye este artículo mercantil de que el librador pruebe que no tuvo intención dolosa, ha de reinterpretarse conforme a las garantías procesales de presunción de inocencia y de que la carga de la prueba en el proceso penal compete a la acusación. Igualmente se recoge otro delito de estafa en el artículo 1414 del propio Código de Comercio, al castigar al que por sí o por medio de otra persona solicite en la quiebra el reconocimiento de un crédito simulado.

Lección 5: Delitos contra la fe pública: Esquemas generales, principales problemas y diagnóstico diferencial. Falsificación de documentos en general. Tratamiento jurídico de la corrupción.

Bajo la rúbrica «Delitos contra la fe pública» (Título IX, Libro II), incluye el legislador delitos de diferente factura que responden a una idea común: la simulación, pues en todos ellos se castiga a quienes, de uno u otro modo, presentan como auténtico, como real, como ajustado a la verdad, algo que carece de tales rasgos. En ocasiones, la conducta típica recae sobre un objeto que se elabora (falsificación de moneda), se altera (alteración de fecha en documento) o se utiliza (uso fraudulento de un sello verdadero); otras estriba en la autoatribución de una cualidad de la que se carece (usurpación de funciones y títulos).

Bien es verdad que en todos ellos se ve afectada la fe pública, es decir, la confianza de la comunidad en la autenticidad de determinados signos, como real correspondencia entre el significante y el significado. No obstante, será necesario examinar cada uno de los tipos penales para descubrir el concreto bien jurídico protegido, aunque siempre guarde relación con el tráfico jurídico.

Capítulo I.

Falsificación de moneda, billetes de banco y otros títulos valores

1. CUESTIONES COMUNES

a) El Convenio de Ginebra y la reforma de 1947. La regulación de los delitos de falsificación de moneda responde, en lo fundamental, a los principios establecidos en el Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929, reformado el 27 de diciembre de 1947, cuya finalidad era dar una respuesta unitaria a la incidencia internacional de la falsificación de moneda. Las líneas fundamentales del Convenio son:

- 1) Equiparación del papel moneda a la moneda metálica, dada la actual preponderancia de aquél en el tráfico monetario actual (art. 2 del Convenio).
- 2) Equivalencia de la moneda nacional y la extranjera (art. 5 del Convenio).
- 3) Delimitación de las conductas punibles a la fabricación, alteración, expendición e introducción (art. 3 del Convenio).
- 4) Validez internacional de la ley penal (art. 4 del Convenio).
- 5) Reconocimiento de la reincidencia internacional (art. 6 del Convenio).

b) Bien jurídico. En cuanto al bien jurídico protegido, guarda estrecha relación con la función de instrumento o medio de pago que corresponde a la moneda en las transacciones nacionales e internacionales. Al tipificar la falsificación de moneda se pretende evitar que circule moneda falsa porque, si llegaran a proliferar tales conductas, el público perdería la confianza en que la moneda que recibe es auténtica y no podría cumplir en los mercados nacionales e internacionales su función de instrumento o medio de pago, con grave perjuicio para el tráfico monetario, imprescindible para la vida económica. Por ello se afirma que el bien jurídico protegido es el tráfico monetario internacional (Muñoz Conde) o en términos de la doctrina alemana, la seguridad y la capacidad funcional del tráfico monetario internacional. La STS 1639/1993, de 30 de junio, se refiere al «grave atentado a la economía y estabilidad monetaria de un país, [que] representa la falsificación y expendición de moneda falsa, alterando artificial y fraudulentamente la masa monetaria en circulación».

En realidad estamos ante un delito pluriofensivo, pues, además de menoscabar la confianza en el tráfico monetario, aparecen otros valores en liza como la prerrogativa estatal de acuñar moneda, la fe pública que da el Estado como emisor y garante de la moneda, o los intereses patrimoniales de los particulares perjudicados. Pero, la realización de estas lesiones no afecta al tipo penal. Sólo por referencia al tráfico monetario se explica y entiende la falsificación de moneda. La STS español de 1 de abril de 1971 afirma que «entre los varios intereses protegidos, de conducta pública y privada, por el delito de falsificación de moneda y billetes del Estado y de Banco, destaca como más relevante la seguridad del tráfico monetario, a fin de garantizar el crédito, el valor y la certeza de la moneda en su misión de ser instrumento de cambio, dentro del cometido jurídico fiduciario».

En cuanto a los tipos legales, es de reseñar que en los delitos de falsificación de moneda la lesión del bien jurídico se produce con la puesta en circulación de la moneda falsa. No obstante, el texto legal adelanta la intervención penal al momento de la falsificación o fabricación. Ello tiene como consecuencia que para los falsificadores, la introducción en el país y la expendición (puesta en circulación) constituyan actos posteriores copenados, y lo mismo vale para los introductores respecto de la expendición.

c) Concepto penal de moneda. El artículo 277 del Código Penal señala: «Para los efectos de los tres artículos precedentes se equipara a la falsificación o alteración de monedas, la de los billetes de banco legalmente autorizados, de los títulos y cupones de la deuda pública nacional o municipal, de los giros o libranzas del tesoro del Estado o del Municipio y de los títulos, cédulas o acciones emitidos por los bancos o compañías autorizadas para ello».

Por moneda se entiende, a efectos penales, todo signo de valor de curso legal emitido por el Estado, Municipio, bancos o compañías autorizadas para ello. Las monedas y billetes extranjeros, los títulos valores, títulos de deuda pública y demás documentos de crédito extranjeros también se incluyen en el concepto, como pone de relieve el artículo 278.

2. CONDUCTAS TÍPICAS

El artículo 274 determina que incurrirá en reclusión de tres a doce años:

- 1) *Quien falsifique o altere moneda nacional o extranjera dentro o fuera del país, que tenga curso legal o comercial.*
- 2) *Quien a sabiendas introduzca al país moneda falsificada o alterada que imite la que tenga curso legal en la República.*

3) *Quien, a sabiendas, adquiera o reciba monedas falsificadas o alteradas y las ponga de cualquier modo en circulación.*

El artículo 275 castiga con reclusión de cinco a ocho años a «*quien cercene monedas legítimas o a sabiendas introduzca al país monedas cercenadas o las pone en circulación*».

Y el artículo 276 sanciona con reclusión de tres a seis años a «*quien habiendo recibido de buena fe monedas falsas, alteradas o cercenadas las pone en circulación sabiendo que son ilegítimas*».

A) Falsificación, alteración y cercenación

El objeto de falsificación, alteración y cercenación puede serlo tanto la moneda nacional como extranjera, siempre que tenga curso legal o comercial dentro de la República de Honduras (véase al respecto el artículo 277 sobre los valores de curso legal equiparados a moneda).

a) *Falsificación de moneda.* Falsificar significa «fabricar una cosa falsa o falta de ley». La acción típica es, pues, fabricar moneda falsa; y, fabricar es «hacer o producir una cosa por medios mecánicos». La fabricación de moneda falsa consiste, por lo tanto, en su elaboración o confección imitando la auténtica, por quien no está autorizado para ello.

Es necesario que la moneda falsificada tenga apariencia legítima, de modo que el ciudadano medio –no el experto– pueda tenerla como auténtica. Una tosca o burda imitación no pondría en peligro el bien jurídico protegido. La STS de 21 de diciembre de 1983 indica al respecto:

En lo que concierne a la apariencia de autenticidad, no es exigible un virtuosismo o una técnica tan sumamente depurada que haga poco menos que imposible distinguir la moneda inauténtica de la legítima a la que se imita, pero no parece lógico extender la dura represión a imitaciones burdas y groseras fácilmente perceptibles o actos o resultados deleznable; y aunque, este Tribunal, en sentencia de 17 de marzo de 1967 consideró punible la fabricación de monedas falsas «cualquiera que sea la perfección o grado de imitación de las legítimas», lo más certero es entender que hay apariencia punible cuando lo fabricado pueda ser confundido con lo auténtico por un hombre medio, situándose el listón por debajo del nivel del técnico monetario o del perito.

No obstante, tal apariencia de legitimidad puede apreciarse aun cuando los receptores descubran con cierta facilidad la falsificación (STS de 30 de junio de 1993).

La consumación se produce cuando la moneda con apariencia de legítima está

en condiciones de ser puesta en circulación y pasar por auténtica en el tráfico monetario, no siendo necesario que llegue efectivamente a circular. La STS de 21 de diciembre de 1983 declara:

El delito analizado se consuma con una creación o elaboración ultimada de las monedas aptas para circular, pero sin que sea indispensable, para la perfección delictiva, la circulación efectiva o simplemente intentada –véanse SS. de este Tribunal de 20 de enero de 1888, 29 de enero de 1892, 15 de noviembre de 1906, 20 de junio de 1949, 27 de enero de 1953, 22 de septiembre de 1958 y 17 de marzo de 1967, entre otras muchas–, añadiendo, la doctrina científica, que, el delito, se consuma con una elaboración concluida con apariencia de legitimidad y destino de ulterior circulación en el tráfico monetario en general.

La tentativa tiene lugar cuando se haya dado comienzo a los actos de fabricación sin haberse llegado a realizar todos los que fueren necesarios y asimismo cuando se lleven a cabo todos los actos de fabricación y no se logre que la moneda adquiera la apariencia de legitimidad necesaria para ser tenida por tal en el tráfico jurídico.

La fabricación de moneda da lugar a un único delito con independencia de la cantidad de moneda fabricada. Se trata de una única acción falsaria, aunque comprenda una pluralidad de actos. Cuando la fabricación se lleva a cabo en varias ocasiones o lugares, es aplicable, en su caso, la figura del delito continuado.

b) Alteración de moneda. Se castiga también en el artículo 274.1 del Código Penal hondureño la alteración de moneda legítima. Supone la manipulación, tanto de papel moneda como de la moneda metálica, a partir siempre de una moneda legítima; «equivale a cambiar la forma, esencia o valor de la moneda» (STS de 7 de marzo de 1989).

La moneda está referida a una «unidad de cuenta» y representa siempre dicha unidad de cuenta o un múltiplo o submúltiplo de aquélla. La alteración consiste en modificar la relación primitiva con la unidad de cuenta, dando a la moneda la apariencia de otra de mayor valor. Un repaso de la jurisprudencia española muestra la escasa trascendencia que en la práctica tienen las conductas de alteración en relación con la moneda metálica o papel moneda.

Un supuesto límite es el recogido en la STS de 7 de marzo de 1989. La acción consistía en borrar, mediante un preparado químico, la palabra «anulado» de los billetes desechados por la Fábrica Nacional de Moneda para ponerlos en circulación. La sentencia de instancia condenó al acusado como autor de un delito de alteración de moneda legítima, mientras que el Tribunal Supremo entendió que estaba ante un delito de fabricación de moneda falsa. Sus argumentos fueron los siguientes:

Cercenar y alterar, son acciones que recaen sobre moneda legítima, mientras que la fabricación supone hacer o crear moneda o billetes falsos que tengan una apariencia de genuinidad, de moneda legítima, y así la acción, realizada por el procesado de hacer desaparecer con un preparado a base de lejía la palabra «anulado», estampada en los billetes que en la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre del Estado –donde trabajaba el recurrente–, eran retirados o desechados por existir alguna anomalía de fabricación mecánica, viene siendo calificada por la doctrina y la jurisprudencia, de falsificación de moneda, pues los billetes anulados de que se apropió el procesado para ser puestos en circulación, aunque tenían un origen legítimo, habían sido retirados o desechados e inutilizados con el estampado en tinta de «anulado», siendo evidente que al conseguir hacer desaparecer dicho estampado, se cometió una verdadera falsificación, porque mediante este procedimiento se intentó revestir a dichos billetes de una validez de la que carecían.

c) *Cercenación de moneda.* El artículo 275 castiga la cercenación de monedas legítimas. El término «cercenar» tiene el sentido de disminuir o acortar. Describe una acción solamente imaginable respecto de la moneda metálica y, además, respecto de monedas acuñadas en metal precioso. El sentido del tipo resulta anticuado toda vez que en la actualidad no se corresponde el valor intrínseco de la moneda (el del metal del que está hecha) con el valor por ella identificado: aquél es menor que éste.

B) Introducción en el país

El artículo 274.2 contempla la misma pena de reclusión de 3 a 12 años para «*el que a sabiendas introduzca en el país moneda falsificada o alterada*», pero sólo si «imita» la de curso legal en la República de Honduras. La falsificación de moneda de nada serviría si no existieran canales de distribución organizados para introducirla en el torrente circulatorio fiduciario. De ahí que se sancione no solamente la conducta falsaria en sentido estricto, sino también las actividades de auxilio que inciden, como la del precepto transcrito, en ese segundo tramo de la falsificación monetaria consistente en su puesta en circulación. Desde esta perspectiva, la introducción en el país aparece como un acto de auxilio intermedio, que conectar la acción falsaria en sentido estricto con la fase final de la circulación. Si lo que se introduce en el país es moneda legítima cercenada, la pena prevista es la de reclusión de 5 a 8 años.

La acción punible consiste en la introducción «en el país» de moneda falsa, con independencia del medio empleado. El término «país» es equivalente a «territorio»; y territorio, es, conforme al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la porción de superficie terrestre perteneciente a una nación. Sin embargo, el territorio de la República de Honduras viene determinado, en un sentido amplio, por los artículos 9 y ss. de la Constitución con referencia no sólo al situado en tierra firme (superficie terrestre) dentro de sus límites territoriales, sino también al mar territorial y espacio aéreo; asimismo, los buques y aeronaves se consideran, mediante una ficción jurídica, territorios flotantes del Estado del pabellón que

portan⁽¹⁰³⁾.

Pues bien, a los efectos del delito de introducción de moneda falsificada o alterada, hay quienes apuestan por restringir el término «país» al territorio en sentido estricto: tierra firme o superficie terrestre (Córdoba Roda, Muñoz Conde), con exclusión del espacio aéreo, mar territorial y buques o naves hondureñas. Avala esta interpretación el significado estricto del término país y el hecho de que, de lo contrario, se incluirían en esta figura conductas de muy distinta lesividad para el bien jurídico y acabaría por transformarse en un delito de tráfico de moneda falsificada. Con todo, la STS español de 4 de marzo de 1969 entendió que esta figura delictiva se consuma cuando la moneda penetra o se introduce en territorio nacional, entendiéndose por tal no sólo el terrestre, sino también el marítimo y el aéreo.

Al igual que en la fabricación, la introducción no requiere de un elemento subjetivo del injusto referido a su puesta en circulación, siendo suficiente el dolo sobre la falsificación o alteración. La consumación se produce cuando la moneda entra efectivamente en territorio nacional, sin que se precise la puesta en circulación, pero sí un mínimo de disponibilidad sobre la moneda falsa que posibilite su expendición o distribución. Existirá tentativa cuando el introductor se vea en la imposibilidad de hacer entrar la moneda en el país una vez iniciada la conducta (por ejemplo, si es sorprendido antes o al tiempo de pasar la frontera o la aduana).

C) Adquisición de moneda falsa, alterada o cercenada para ponerla en circulación

El Código Penal hondureño castiga la puesta en circulación dolosa de moneda falsificada, alterada (art. 274.3) o cercenada (art. 275), pero precedida de la adquisición o recepción también dolosa, a sabiendas de la falsedad⁽¹⁰⁴⁾, alteración o cercenación, normalmente en connivencia con los falsificadores e introductores.

El delito tiene un aspecto objetivo: la adquisición o recepción sin reservas y con fines de expendición (introducción en el tráfico) de monedas (STS de 8 de mayo de 1965), y otro subjetivo que se bifurca en dos elementos: el conocimiento de la falsedad, alteración o cercenación de la moneda y el ánimo posterior de ponerla en

⁽¹⁰³⁾El artículo 5.1 del CP hondureño extiende la jurisdicción de los tribunales de este país a los delitos perpetrados a bordo de un buque o aeronave hondureña, mercante o privada.

⁽¹⁰⁴⁾La STS 407/1993, de 25 de febrero, llegó a la conclusión de que el acusado conocía inicialmente que los billetes recibidos eran falsos «por cuanto que la táctica del acusado de dar salida a los billetes en diferentes fechas y a través de diversas personas, eludiendo siempre el cambio de un modo personal, revela el cuestionado conocimiento».

circulación (SSTS de 18 de junio de 1930 y 21 marzo 1958).

Por adquisición debe entenderse cualquier actividad que lleve a alcanzar la posesión de la moneda que se sabe falsa, alterada o cercenada. Es indiferente si se adquiere a título oneroso o lucrativo o, incluso, por medio de una conducta delictiva. La STS 407/1993, de 25 de febrero, reconoce que «adquirir» es un término muy amplio en el que cabe cualquier forma o tipo de posesión. En todo caso la adquisición ha de realizarse con el fin de ponerla en circulación.

La consumación se produce en el momento en que la moneda falsificada, alterada o cercenada es entregada y pasa efectivamente al poder de disposición de otra persona. Habrá tentativa cuando la moneda sea rechazada por el tercero o cuando éste no llegue a hacerse con ella. La STS 1639/1993, de 30 de junio, lo explica del siguiente tenor:

[...] El delito se consuma con la sola entrega de la moneda falsa a un tercero, aunque el acto sea único y cualquiera que sea la cuantía de lo entregado (STS de 12 de julio de 1983). El acto de expender hace referencia a una actividad instantánea de entregar, gastar o «dar salida» a la moneda o billetes falsos, por lo que el tipo queda consumado en el mismo momento en que la moneda pasa de las manos del expendedor a las del receptor (STS de 17 de abril de 1909). Podrá haber tentativa cuando la entrega no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente, como puede ser una intervención policial (SSTS de 19 de enero de 1910 y 7 de abril de 1984).

La distribución o la puesta en circulación de la moneda en varios actos, animados de un propósito inicial unitario, da lugar a un único delito y, de no concurrir tal propósito, la pluralidad de actos podría considerarse delito continuado.

La posibilidad de concurso entre la expendición y distribución de moneda falsa, por un lado, y la estafa, por otro, no debe excluirse porque se trata de delitos que atentan contra bienes jurídicos diversos siendo de aplicación las reglas del concurso ideal (STS 62/1996, de 26 de enero), regulado en el artículo 36 del Código Penal hondureño. Esta es la solución adoptada mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia, pese a que algunos autores entienden que esta solución concursal debe rechazarse «porque la causación del evento fraudulento representa *por lo regular* un fenómeno concomitante con la expendición» (Córdoba Roda y Muñoz Conde).

D) Puesta en circulación de moneda falsa, alterada o cercenada, recibida de buena fe

El artículo 276 castiga a «*quien habiendo recibido de buena fe monedas falsas, alteradas o cercenadas las pone en circulación sabiendo que son ilegítimas*». La cuantía de la moneda falsificada puesta en circulación debe superar los 10 lempiras;

de lo contrario estaríamos ante la falta prevista en el artículo 411.2 que castiga con prisión de 10 a 30 días a «*quien habiendo recibido de buena fe moneda falsa y después de constarle su falsedad la hiciere circular en cantidad que no exceda de diez lempiras*».

Esta conducta es más leve y diferente de la prevista el artículo 274.3 del Código Penal. Allí la adquisición o recepción de la moneda lo era a sabiendas de su falsedad; aquí, la recepción de la moneda lo es de buena fe, esto es, en la creencia de que es legítima o, si se prefiere, en la ignorancia de su falsedad. En cualquier caso, la moneda se distribuye o expende sabiendo que no es genuina.

La atenuación tiene su razón de ser en que el que adquiere de buena fe es víctima de la falsificación y se encuentra en una especie de estado de necesidad que le hace intentar desplazar el perjuicio que se le ha irrogado hacia otras personas (Muñoz Conde). Aunque el artículo 276 mencione sólo la «recepción» es aplicable también a los casos en que el dinero falso se ha encontrado o adquirido de algún modo (STS de 8 de mayo de 1965).

E) Falsificación, alteración y cercenamiento de moneda y valores extranjeros

Si lo falsificado, alterado o cercenado fuese moneda o billetes extranjeros que no tienen curso legal en Honduras, o si se trata de títulos valores, deuda pública y demás documentos de crédito extranjeros, las sanciones son más livianas (art. 278):

- La falsificación, alteración, introducción en el país, y su adquisición para ponerlas en circulación, se penaliza con reclusión de 4 a 6 años.
- La cercenación de monedas, su introducción en el país o su puesta en circulación, se penaliza con reclusión de 3 a 5 años.
- La puesta en circulación, si se recibieron de buena fe, se castiga con reclusión de 2 a 4 años.

F) Fabricación o emisión de monedas, billetes o títulos valores en exceso

El artículo 279 del CP dispone lo siguiente:

El funcionario o empleado público o director, gerente o administrador de un banco o de una empresa que autorice la fabricación o emisión de monedas o billetes de banco o cualesquiera título, cédulas o acciones al portador en cantidades superiores a la autorizada o en condiciones distintas de las convenidas o prescritas para el caso, será sancionado con reclusión de diez (10) a quince (15) años, más una multa igual al triple del valor de la operación de que se trate.

Los funcionarios o empleados público y los demás a que este artículo se refiere serán sancionados, asimismo, con inhabilitación absoluta de ocho (8) a diez (10) años.

Se sanciona aquí el exceso en la fabricación o emisión de monedas, billetes, títulos, cédulas o acciones al portador. El exceso puede venir dado por superar la cantidad autorizada o por contravenir las condiciones convenidas o prescritas para el caso. Sólo pueden ser autores del delito los funcionarios o empleados públicos y los directores, gerentes o administradores del banco o empresa que fabrique o emite los valores.

Capítulo II.

Falsificación de sellos, papel sellado y otros efectos oficiales

Los sellos y marcas oficiales engendran una apariencia de realidad, una confianza en la sociedad, en el público en general. La falsificación y la manipulación ilegítima de tales signos son ataques al tráfico fiduciario, a la fe pública, en la medida en que los organismos estatales se sirven de estos signos para dar autenticidad a sus propios actos.

1. FALSIFICACIÓN Y USO DE SELLOS OFICIALES

Quien falsificare sellos oficiales será penado con reclusión de uno a cinco años (art. 280.1 CP). El primer problema que se plantea es la correcta interpretación del término «sello» puesto que son dos sus acepciones de posible aplicación: por un lado, designa el «utensilio que sirve para estampar las armas, divisas o cifras en él grabadas, y se emplea para autorizar documentos, cerrar pliegos y otros usos análogos»; y, por otro, «lo que queda estampado, impreso y señalado con el mismo sello». Es decir, con el mismo término se designa el instrumento o utensilio que sirve para sellar, y la impronta o huella que queda como efecto de la acción de sellar.

En este caso, puede entenderse por sello cualquiera de sus acepciones: tanto el instrumento que sirve para estampar como su impronta o huella; la falsificación de cualquiera de ellos está penada en este precepto, como también lo está el uso fraudulento del sello (utensilio) verdadero o de su impresión (art. 280.2.II del CP).

2. FALSIFICACIÓN DE EFECTOS SELLADOS O TIMBRADOS DEL ESTADO CUYO OBJETO ES EL COBRO DE IMPUESTOS, DERECHOS O SERVICIOS

El artículo 280.2 del CP castiga con reclusión de uno a cinco años a «*quien falsificare papel sellado, sellos de correo de telégrafo, timbre o cualquier otra clase de efectos sellados o timbrados, cuya emisión está reservada al Estado o a sus instituciones, que tengan por objeto el cobro de impuestos, derechos o servicios*».

Por su parte, el artículo 280.3 del CP castiga con la misma pena a «*quien*

expndiere especies fiscales falsificadas o en condiciones que hicieren ilícito su uso y circulación».

La función de los documentos falsificados es acreditar el pago de impuestos, derechos o servicios; en suma, se elude un pago fiscal con lo que se lesiona un interés público.

3. FALSIFICACIÓN DE MARCAS, CONTRASEÑAS O FIRMAS DE CONTRASTE O IDENTIFICADORAS

Dispone el artículo 281:

Se impondrá reclusión de seis meses a tres años:

1) A quien falsifique marcas, contraseñas o firmas que usan en las oficinas públicas para contrastar pesas o medidas o identificar cualquier objeto.

2) A quien aplique sellos, marcas o contraseñas legítimas de uso oficial, [a] objetos, obras o artículos distintos de aquellos a que debieren ser aplicados.

El artículo 281.1 alude a la marca, contraseña o firma, de uso oficial (en las oficinas públicas) con finalidad de contraste (de peso o medida) o con finalidad identificadora de algún objeto. También se pena la indebida aplicación de sellos, marcas o contraseñas legítimas.

4. USO FRAUDULENTO, BORRADO Y VENTA DE SELLOS, EFECTOS SELLADOS O TIMBRADOS DEL ESTADO, MARCAS, CONTRASEÑAS O FIRMAS OFICIALES

a) Uso fraudulento. En todos los casos anteriores se considerará falsificación la impresión o uso fraudulento de los signos estatales y oficiales (art. 280.2.II del CP).

b) Borrado de signos de inutilización. Se prevé la pena de reclusión de dos (2) a cinco (5) años para «*quien haga desaparecer de los sellos, timbres, marcas o contraseñas de uso oficial a que se refieren los artículos anteriores el signo o marca puesto por las autoridades para denotar que ya fue usado o que fue inutilizado para su circulación o venta*» (art. 282.I).

c) Venta, entrega o donación. En la misma pena incurrirá «*quien, a sabiendas, pusiere en venta los sellos, timbres, marcas o contraseñas adulterados o los usa o entrega a otra persona para que los use o dé lugar a que puedan ser usados*» (art. 282.II).

Cuando el responsable de alguno de los delitos relativos a la falsificación de

sellos, papel sellado y otros efectos oficiales, sea funcionario o empleado público y cometiere el hecho abusando de su cargo, se le impondrá, además, inhabilitación absoluta de dos a diez años (art. 283).

Capítulo III.

Falsificación de documentos en general

Bajo la rúbrica «Falsificación de documentos en general» (arts. 284 a 291), incluye el Código Penal los delitos de falsedad en documento público, privado, falsificación de despachos telegráficos, de billetes o boletos de loterías, rifas, transportes, espectáculos públicos y entidades análogas, y, finalmente, la falsificación de certificación médica.

1. BIEN JURÍDICO

El Tribunal Supremo español ha expresado en múltiples ocasiones que lo que se protege con la sanción penal de estas conductas falsarias es la fe pública y, en último término, la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos o en su valor constitutivo. Sirva como ejemplo lo dicho por la STS 371/1995, de 9 de marzo:

La doctrina jurisprudencial que, además de otras más alejadas, ha tenido próxima manifestación en las sentencias de 17 de diciembre de 1990 (RJ 1990\9525) y 22 de abril y 20 de mayo de 1994 (RJ 1994\3158 y RJ 1994\9344), viene manteniendo, en consideración al bien jurídico protegido que se añade a la descripción típica, ciertas exigencias atinentes a la antijuridicidad material como son el daño efectivo para el tráfico jurídico, o, simplemente, su aptitud potencial para causar un perjuicio en la vida jurídica, poniendo en riesgo la fe pública y la confianza de la sociedad en el valor probatorio unas veces, o, constitutivo en otras, de los documentos.

Este planteamiento permite adelantar una idea clave: no habrá delito de falsedad cuando los citados intereses no hayan sufrido riesgo alguno.

2. CONCEPTO DE DOCUMENTO

La falsificación de documentos en general está regulada en el capítulo III del Título IX del Libro II (arts. 284 a 291). El objeto sobre el que recae la acción típica está constituido por un documento, concepto éste que, según veremos, no es pacífico entre la doctrina.

En un sentido amplio, documento es toda materialización de un pensamiento, esto es, todo objeto donde se pueda recoger una manifestación de voluntad o un pensamiento atribuible a una persona. Pero el concepto de documento a que se

refiere el capítulo III no es tan amplio. De entrada se excluyen todos aquellos documentos cuya falsificación e encuentra tipificada en otros lugares del Código como son la falsificación de billetes de banco, de sellos oficiales, etc., estudiados anteriormente. Los documentos, en general, a que se refiere este capítulo son los documentos públicos, los documentos privados, despachos telegráficos, billetes de lotería de rifa o de transportes y espectáculos y certificaciones médicas.

La doctrina científica no es, ni mucho menos pacífica, a la hora de definir qué es «documento». Para PUIG PEÑA documento es «todo escrito al que la ley civil atribuye fuerza probatoria y del que se originan determinadas consecuencias jurídicas».

CUELLO CALÓN define el documento como «manifestación de voluntad, en forma escrita, capaz de probar hechos de trascendencia jurídica», aclarando seguidamente que «no es preciso que esté redactado o confeccionado con la finalidad de servir de prueba, basta que sea apto para ello». Para este autor las características del documento son las siguientes:

1. *Ha de ser escrito.* «El escrito puede estar confeccionado no sólo con caracteres alfabéticos, sino con signos de otra clase (numéricos, taquigráficos) siempre que puedan ser interpretados o explicados y sean adecuados para expresar el pensamiento humano y las manifestaciones de la vida del hombre. El escrito puede ser ejecutado a mano o por medio mecánico (tipografía, mecanografía).»

2. *Ha de estar escrito sobre una cosa mueble.*

3. *El autor ha de estar identificado.* «Como el documento es manifestación o exteriorización de la voluntad de una persona, es preciso que ésta sea individualizada y conocida lo que se efectúa mediante su suscripción o firma. El firmante mediante su firma no sólo aprueba y hace suyo el escrito, sino que pone en él un signo visible y reconocible que prueba que el escrito emana de él y es exteriorización de su voluntad. No basta la sola firma para integrar un documento, una hoja firmada, con firma falsa en blanco, no constituye falsedad documental.»

4. *Ha de ser apto para producir efectos jurídicos.* «Si el documento falsificado carece de capacidad para producir efectos jurídicos, no constituye falsedad documental punible (*quod nullum est, nullum producit effectum*). No hay delito cuando el documento se refiera a hechos jurídicamente ilícitos (v.gr. el escrito que contiene un pacto criminal), o a hechos imposibles, o cuando el documento haya de reputarse jurídicamente inexistente (por ejemplo, un testamento ológrafo escrito a máquina). Pero en todos los casos mencionados es preciso que los documentos sean sustancialmente nulos, es decir que, aun cuando fueren verdaderos, no

puedan ser fundamento de ningún derecho.»

Por último, para el autor mencionado, las copias de un documento, incluidas las fotográficas, siempre que estén legalizadas por el funcionario competente al efecto, tienen el valor del documento original.

QUINTANO RIPOLLÉS afirmaba que «en el aspecto material de objeto del delito de falsedad y aun en el procesal criminal de *corpus delicti*, el documento es apenas nada, un insignificante trozo de sustancia, generalmente deleznable, radicando toda su importancia en la trascendencia que se le quiera otorgar como receptáculo de valores ideales. Es entonces el documento portador de un pensamiento o voluntad capaz de consecuencias en el mundo exterior, jurídicas o no, según el régimen a que se halle sometido y la categoría que las leyes le confieran.»

Por lo que respecta a qué objeto deba considerarse documento, sostenía el precitado autor que «nada en el texto de nuestra Ley Penal, ni en la Civil misma, obliga a imponer positivamente este criterio (el identificativo de documento con escrito); pienso que, por el contrario, abundan las razones en favor de la exégesis extensivo del vocablo. Salvo en los números en que se hace referencia expresa o tácita a formas escriturarias, la falsedad puede recaer muy bien sobre objetos no precisamente escritos, siempre y cuando sean obra humana y respondan a una manifestación de voluntad testimonial o probatoria. Reconozco que es casi seguro que la intención del legislador fue la de amparar tan sólo, bajo el nombre de documento, la escritura; debe ampliarse ese concepto para permitir incriminar interesantes actividades falsarias que de otro modo tendrían difícil encaje en lo penal. No quiere esto decir que haya que aceptar por completo la tesis germánica de que sea documento cualquier objeto apto para la prueba entre otras razones, porque se tipifican por separado las falsificaciones de sellos, papel sellado, efectos oficiales, etc. Sin embargo creo deseable el abarcar en el término del documento cosas no escritas, pero de trascendencia documental y probatoria evidente⁽¹⁰⁵⁾. Piénsese, por ejemplo, en la fotocopia amañada de una escritura, en un plano rectificad, en unas actuaciones judiciales, en la suplantación de una fotografía por otra en documento de identificación y en tantas otras hipótesis de falsedades sobre cuerpos no escritos, pero de fuerza probatoria muchas veces contundente.»

Amplia también es la concepción de Quintano Ripollés para quien debe considerarse documento «todo objeto transmisible emanante de una persona y que

⁽¹⁰⁵⁾ En esta línea, el Código Penal español de 1995 contempla un concepto amplio de documento y señala en el artículo 26 que «a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica».

sea susceptible de constituir, disponer o testimoniar un derecho o un hecho de trascendencia jurídica».

COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTS BERENGUER Y CARBONELL MATEU, tras reconocer que históricamente el documento había de consistir necesariamente en un escrito, consideran que «con el transcurso del tiempo han ido apareciendo objetos, resultado de nuevas técnicas, susceptibles de registrar manifestaciones de voluntad, acontecimientos, etc., de incidir en las relaciones jurídicas y, por ende, aspirables a una razonable protección penal. Piénsese en cintas magnetofónicas, de vídeo, cinematográficas, que, en ocasiones, han merecido ante los tribunales de justicia la consideración de pruebas documentales». Los citados autores sostienen una concepción amplia de «documento» y defienden su compatibilidad con el principio de legalidad a partir de una interpretación progresiva de las normas. Dicen al respecto que «sin una interpretación progresiva de las normas -que las haga adaptables a realidades sociales nacidas con posterioridad a su promulgación, y que guarden, no ya una similitud más o menos acusada, sino una identidad en la sustancia, en el contenido si no en el continente, con las que en su día despertaron la inquietud del legislador dejaron de cumplir, aunque sea parcialmente, los fines para las que fueron creadas, flexibilizarlas para que su disciplina se expanda a aquellas nuevas realidades, deviene de todo punto oportuno y no desprovisto de base legal pues si bien queda fuera de toda duda que el mencionado principio de legalidad impedirá absolutamente cualquier tipo de interpretación extensiva de los tipos penales, no obstará, por el contrario, a aquellas interpretaciones que se atengan a la significación objetiva de los textos legales cuya inteligencia se procura». En resumen, para estos autores documento es «todo objeto que materializa un sentido y con el que se dé fe o pruebe algo con trascendencia jurídica».

Para MUÑOZ CONDE las notas comunes a todas las clases de documentos a que se refiere el Código Penal son las siguientes:

1ª. *Ser escrito*. Señala el citado autor que «el Código Penal no menciona expresamente el documento escrito, pero de una interpretación sistemática con otros preceptos y de una comparación con la regulación de los documentos en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se desprende que en nuestro ordenamiento jurídico documento lo es sólo el escrito. La falsificación de huellas dactilares, cintas de vídeo, fotografías, fotocopias, etc., puede constituir otro delito, o incluso una falsificación documental, si estos objetos están en relación con un escrito como, por ejemplo, la suplantación de una fotografía por otra en el pasaporte o la falsificación de la firma legitimadora de una fotocopia».

Es, en cambio, indiferente la naturaleza de la materia en la que se consignan

los signos escritos –si bien ha de ser idóneo para conservarlo durante un cierto tiempo–, la forma de materialización del escrito y el idioma.

2ª. *Atribuible a una persona, sin ser necesaria la firma de la misma.* «Basta con que, de algún modo, pueda atribuirse a alguien. El documento anónimo no es documento a efectos penales, aunque puede llegar a serlo, si forma parte de un expediente, sumario, etc.». Añade que «es necesario, por tanto, que de algún modo, normalmente mediante la firma o rúbrica, se pueda atribuir el documento a alguien, aunque ese alguien realmente no exista o sea en realidad una persona distinta del que realmente confecciona el documento».

3ª. *Ordenación al tráfico jurídico.* Es posible que un escrito inicialmente no destinado a entrar en el tráfico jurídico (una poseía o un texto literario) adquiera con posterioridad la condición de documento, por ejemplo, al incluirse como prueba en un proceso penal por injurias.

4ª. *Adecuación objetiva para producir efectos jurídicos.* «No tiene esta cualidad el documento absolutamente nulo, con nulidad de pleno derecho, cuando falta alguno de los elementos esenciales para su existencia jurídica»; y «tampoco tiene esta cualidad el documento sin contenido alguno, en el que no figura ni una declaración de voluntad ni un testimonio».

Con carácter previo al examen particularizado de las distintas categorías de los delitos sobre falsificación de documentos en general, conviene recordar algunos conceptos necesarios para la comprensión de las falsedades documentales.

1.º *Legitimidad o genuinidad del documento.* Un documento es legítimo o genuino cuando procede de la persona que figura como su autor.

2.º *Veracidad del documento.* Un documento es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materializa.

La genuinidad y la veracidad son dos cualidades distintas del documento. Un documento puede ser genuino (su autor verdadero es el que aparece como autor del documento) y, sin embargo, ser falso (su contenido no se ajusta a la realidad). Y, a la inversa, puede no ser genuino y su contenido, en cambio, verdadero. Estas dos cualidades del documento son las que se protegen penalmente.

3. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS

Se tipifica en el artículo 284 del CP. La importancia de este precepto radica en que recoge todas las fórmulas de falsificación punibles tanto para éste como para los demás tipos delictivos de falsificación contenidos en este capítulo.

El artículo 284 del CP dispone:

Será sancionado con reclusión de tres a nueve años, quien hiciere en todo o en parte un documento público falso o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, ejecutando cualquiera de los hechos siguientes:

- 1) Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.*
- 2) Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.*
- 3) Atribuyendo a las que han intervenido en él, declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.*
- 4) Faltando a la verdad en la narración de los hechos.*
- 5) Alterando las fechas y cantidades verdaderas.*
- 6) Haciendo en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido.*
- 7) Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original.*
- 8) Intercalando indebidamente cualquier escritura en un protocolo, registro o libro oficial.*
- 9) Destruyendo, mutilando, suprimiendo u ocultando un documento.*

Incurrirá también en la pena señalada en el párrafo primero de este artículo, el Ministro religioso que cometiere alguno de los hechos comprendidos en los numerales anteriores, respecto a actas o documentos eclesiásticos que puedan producir efectos en el estado de las personas o en el orden civil.

A) Sujeto activo

Sujeto activo puede serlo tanto el funcionario público como el particular si bien el artículo 290 establece que cuando alguno de los delitos previstos en este Capítulo fuere cometido por funcionario público o empleado público, con abuso de su cargo, el culpable sufrirá además la pena de inhabilitación absoluta de 2 a 10 años.

a) Falsificación cometida por funcionario público

Si el sujeto activo del delito es un funcionario o empleado público, y lo cometió con abuso de su cargo, tendrá una penalidad adicional consistente en inhabilitación absoluta de dos a diez años (art. 290 del CP).

Según dispone el artículo 393 del Código Penal, «para todos los efectos de este Código, se reputará funcionario o empleado público a toda persona natural que, por disposición de la ley o por nombramiento de autoridad competente, participe en

el ejercicio de funciones públicas o desempeñe un cargo o empleo público. Se reputarán también funcionarios públicos a los alcaldes y regidores municipales».

Es importante destacar que conforme al artículo 290, para que le sea aplicable la pena de inhabilitación absoluta al funcionario debe existir «abuso de su cargo». Esta expresión significa la necesidad de que el documento sobre el que recae la acción falsaria sea creado como consecuencia del ejercicio del cargo del funcionario que realiza la falsedad; la creación, la redacción, la emisión del documento ha de ser un acto propio y específico de las atribuciones o de la competencia que corresponda legalmente al funcionario.

El desvalor que encierra la expresión «abuso» no debe inducir a una interpretación tan literal que se exija que el acto de creación del documento suponga «sobrepasar indebidamente los deberes de su oficio profesional o excederse de las funciones competenciales que le están atribuidas como propias de su cargo» (criticable interpretación mantenida por la STS de 31 de mayo de 1969); en realidad, ha de entenderse que el legislador ha querido, con tal expresión, desaprobando la conducta del funcionario que, obrando dentro de sus atribuciones competenciales, usa mal de ellas al ejercerlas contra lo ordenado por la ley. En este sentido, afirma la STS de 7 de diciembre de 1968 que «la condición de funcionario se ofrece en atención al servicio y su abuso, siendo estimable únicamente cuando el funcionario se prevale de sus funciones oficiales para cometer los prohibidos excesos, quedando en otros supuestos equiparado al particular».

Así pues, sólo abusa, en sentido estricto, de su oficio, el funcionario que ejecuta indebidamente lo que tiene que hacer, que es el uso excesivo, no el que invade competencias ajenas y efectúa actos que funcionalmente escapan de sus atribuciones. Quiere decirse con ello que la acción falsaria ha de verificarse en el marco de las actuaciones que, por su competencia, corresponden al funcionario. Por consiguiente, en los supuestos de manifiesta incompetencia, la falsedad no traerá consigo la consecuencia prevista en el artículo 290; en cambio, en los casos de incompetencia relativa, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina, si debería llevarla.

Es importante, por lo expuesto, distinguir entre *legitimidad* (veracidad formal) y *veracidad* (material) del documento. Un documento es legítimo cuando procede de la persona que lo firma y es verdadero cuando se ajusta a la verdad. Así las cosas, el funcionario sólo puede cometer delito de falsedad, con abuso de su cargo, sobre un documento legítimo, esto es, expedido por él en uso de las atribuciones que su cargo y función le confiere. De lo contrario, al no advenir con su propio nombre el documento confeccionado por su mano, la condición de funcionario se desvanece en la comisión del delito y pasa a los ojos de la ley como un simple particular.

Precisamente por lo expuesto, para MUÑOZ CONDE «el funcionario no puede cometer falsedad con abuso de su oficio nada más que sobre documento legítimo; esto es, expedido por él en uso de las atribuciones que la ley le confiere. Cuando el funcionario, al falsificar el documento, no abusa de sus atribuciones, tiene la categoría de particular, aunque puede aplicársele la agravante de prevalimiento». De ahí que, en los casos de incompetencia absoluta del funcionario (un notario falsifica una sentencia o un juez un acta notarial) no exista abuso de oficio. Más dudosa es la cuestión en los casos de incompetencia relativa (falta de jurisdicción, incompatibilidad personal, etc.); la doctrina dominante se inclina por incluir estos casos en el artículo 290.

b) Falsificación cometida por ministros religiosos

Cuando los hechos comprendidos en el artículo 284 fueren cometidos por un ministro religioso, respecto de actas o documentos eclesiásticos que puedan producir efectos en el estado de las personas o en el orden civil, será sujeto activo del delito.

Ello no empece para que, cuando la falsificación se cometa respecto de otros documentos, su actuación sea castigada como si de un particular se tratara.

c) Falsificación cometida por particulares

Las conductas falsarias tipificadas en el artículo 284 del Código Penal (falsificación de documento público) pueden ser cometidas por los particulares, salvo aquellos supuestos en los que necesariamente deba concurrir la condición de funcionario público.

B) Documento público

El concepto de documento público es normativo y lo encontramos en el artículo 321 del Código de Procedimientos Civiles:

«Bajo la denominación de instrumentos o documentos públicos se comprenden:

1.º Las escrituras públicas otorgadas con arreglo a derecho.

2.º Las certificaciones expedidas por los corredores de comercio y Agentes de Bolsa, con referencia al libro-registro de sus respectivas operaciones, en los términos y con las solemnidades que prescriben el Código de Comercio y leyes especiales.

3.º Los documentos expedidos por los funcionarios públicos que estén autorizados para ello, en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones.

4.º *Los libros de actas, estatutos, ordenanzas, registros, catastros y demás documentos que se hallen en los archivos públicos o dependencias del Estado o de los municipios, y las copias sacadas y autorizadas por los Secretarios y archiveros por mandato de la autoridad competente.*

5.º *Las ordenanzas, estatutos y reglamentos de sociedades, comunidades o asociaciones, siempre que estuvieren aprobados por autoridad pública, y las copias autorizadas en la forma prevenida en el número anterior.*

6.º *Las ejecutorias y las actuaciones judiciales de toda especie.»*

El Código Penal hondureño distingue únicamente entre documentos públicos y privados, eludiendo la categoría diferenciada de documento oficial prevista en diversas legislaciones, entre ellas la española. De cualquier forma, la generalidad de la doctrina suele configurar el documento oficial como una de las clases de los documentos públicos, concretamente como la de los expedidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, contemplada en el numeral 3 del artículo 321 del Código de Procedimientos Civiles hondureño.

Por lo demás, en cuanto a las fotocopias, es doctrina del Tribunal Supremo español (SSTS de 1 de junio de 1992 y 25 de febrero de 1997, entre otras) que tienen carácter de documento. Sin embargo, si se trata de fotocopias de documentos públicos, no adquieren la naturaleza del documento fotocopiado a no ser que se haya realizado la autenticación por quien corresponda. En consecuencia, puede alcanzar la calificación de documento público si la reproducción está compulsada por Notario o funcionario público. Faltando tal autenticación, la fotocopia será reputada mero documento privado, aunque el reproducido fuera público.

C) Modalidades de la acción

La casuística recogida en el artículo 284 puede reducirse a la clasificación tradicional entre la falsedad material y falsedad ideológica.

La *falsedad material* consiste en la alteración o creación total o parcial de un documento, atentándose a la genuinidad o legitimidad de ese documento, aunque no a su veracidad. La *falsedad ideológica* consiste en la aseveración de lo que no es verídico, aunque el documento sea legítimo.

Los supuestos 1.º, 5.º, 6.º y 8.º son falsedades materiales. Los supuestos 2.º y 3.º son falsedades ideológicas. Los supuestos 4.º y 7.º son susceptibles de cometerse de ambas maneras. El supuesto 9.º consiste en una modalidad original de falsedad, consistente en la destrucción, mutilación, supresión u ocultación de un documento (aunque la mutilación del documento debería entenderse incluida en el

supuesto 6.º, que recoge cualquier alteración del documento en el que deben incluirse la desaparición, borrado o destrucción de parte de él).

RODRÍGUEZ DEVESA reduce a tres las nueve formas de acción contenidas en el artículo 284, a saber:

a) Alteración de documento verdadero ya existente. Comprende los numerales 1, 6, 8 y 9 del artículo 284, esto es, contrahacer o fingir letra, firma o rúbrica; hacer en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido; intercalar indebidamente cualquier escritura en un protocolo, registro o libro oficial; o destruir, mutilar, suprimir u ocultar un documento..

b) Constatación falsa de un hecho. Aquí hay que traer los numerales 2, 3, 4 y 5, y el segundo inciso del numeral 7. Es decir, suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido; atribuir a las que han intervenido en él, declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho; faltar la verdad en la narración de los hechos; alterando las fechas y cantidades verdaderas; o manifestar en una copia fehaciente cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original.

c) Creación o formación de un documento totalmente falso. Dar copia fehaciente de un documento supuesto (art. 248.7, inciso primero).

Por lo que a la culpabilidad se refiere la propia naturaleza de las falsedades determina que las mismas sólo podrán cometerse en forma dolosa. No debe olvidarse que en el Código penal hondureño rige el sistema de *numerus clausus* con relación a la penalización de las imprudencias lo que aparece reflejado en el artículo 13 que señala que «el delito culposo solo será punible en los casos expresamente determinados por la ley».

a) Contrahacer o fingir letra, firma o rúbrica

No solo se comete falsedad en documento suplantando la caligrafía ajena, sino también desfigurando la propia escritura (STS de 8 de agosto de 1939). A estos dos aspectos contrapuestos se refieren las dos conductas aquí descritas: contrahacer y fingir. «Contrahacer» vale tanto como imitar, suplantando falsariamente, la grafía ajena. La grafía de cada persona atiende a dos reglas: la «ley de la constancia», de suerte que los rasgos específicos se repiten sin excepción; y la «ley de la especialidad», que la individualiza frente a cualquier otra. La imitación persigue crear una apariencia que busca, en la similitud con lo auténtico, la posibilidad de que el producto de la imitación sea tenido como genuino o auténtico. Por ello, la jurisprudencia clásica exigió que hubiera imitación, esto es, acción creadora de similitud que indujera a error (SSTS 1 de julio de 1890, 6 de diciembre de 1905, 23 de noviembre de 1922, 20 de diciembre de 1944, 26 de enero de 1945). Por el

contrario, la STS de 27 de mayo de 1972 (siguiendo los precedentes de las SSTS de 4 de mayo de 1954 y 26 de noviembre de 1956), declara que «es suficiente que se suplante la firma de una persona o que simplemente se estampe una firma sin pretensiones de imitación».

El término «fingir» alude a una realidad muy distinta. Fingimiento es «simulación o engaño para que una cosa parezca diversa de lo que es». Con el fingimiento no se busca la similitud, sino la disimilitud. Cuando se disimula la propia letra, firma o rúbrica, haciéndola desemejante, es cuando se realiza la acción de fingir (SSTS de 3 de agosto de 1939 y 26 de enero de 1968).

b) Suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido

La acción consiste aquí en crear la apariencia de que han tomado parte en un acto jurídico, reflejado en un documento, persona o personas cuya intervención se finge (normalmente, mediante su mención como intervinientes en el cuerpo del escrito, acompañando o no su supuesta firma y/o rúbrica). Se produce así una discordancia entre la realidad documentada y la realidad extradocumental. El documento no ha sido materialmente alterado, sino la realidad que en él se documenta. Esto es lo que se llama falsedad ideológica.

Toda vez que la ficción de la intervención de una persona en un acto se realiza, normalmente, mediante la imitación de su firma, se plantea el problema de aplicar el numeral 1 ó 2 del artículo 248. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español se ha inclinado por la aplicación del numeral 2, cuando la supuesta intervención se produce mediante firma que no imita la auténtica; y por la aplicación del numeral 1, cuando se da aquella imitación.

Por lo demás, tanto da que la persona que supuestamente ha intervenido en el acto sea real o inexistente, producto solo de la imaginación del falsario. La falsedad ideológica puede cometerse con suma facilidad mediante la alusión a personajes ficticios que no solamente no han presenciado el acto, sino que ni siquiera existen. La antigua jurisprudencia española, sin embargo, sostenía que si la persona no era real y existente, sino imaginaria, no había falsedad sino estafa (STS de 22 de octubre de 1935).

c) Atribuir a las que han intervenido en él, declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho

La acción se refiere aquí a la constatación documental de declaraciones atribuidas a una persona que no las ha hecho. Debe situarse generalmente en el campo de actuación de quienes son depositarios de la fe pública judicial o

extrajudicial, en su función de constatación documental de manifestaciones o declaraciones. No se excluye, sin embargo, la posibilidad de que sea cometida por particulares.

Es de retener que la diversidad entre la manifestación o declaración documentada y la realmente hecha, ha de ser relevante y traducirse en una diversidad de efectos jurídicos. No es típica la diversidad intrascendente desde el punto de vista de su eficacia jurídica.

d) Faltar a la verdad en la narración de los hechos

La amplitud de la descripción de este apartado puede llevar a pensar que el legislador condena en todo caso la mentira, la mendacidad en la narración de los hechos en un documento público. El tipo, sin embargo, exige determinadas restricciones. El Tribunal Supremo español señala los siguientes requisitos: a) Consiste en verter o recoger expresiones o hacer manifestaciones que no se corresponden con la realidad. b) Se da, por tanto, al documento, un contenido que es inexacto porque en el mismo se proyectan pensamientos, decisiones, ideas o datos manifiestamente falsos con cambio sensible y notorio de la realidad. c) Es necesario que se refiera a elementos esenciales, fundamentales o sustanciales del documento, de manera que no toda manifestación inveraz constituye falsedad. d) Se requiere también que tenga trascendencia sobre el acto o negocio jurídico que se documenta y potencial extensión al tráfico jurídico, con posible y eventual perjuicio para terceros. e) Por último, como elemento subjetivo, se exige el dolo falsario consistente en la conciencia y voluntad de cambiar la realidad convirtiendo en aparentemente veraz lo que no lo es.

La STS 1134/1995, de 17 de noviembre, señala que «la llamada falsedad ideológica o espiritual cuya tipicidad se asienta en el número 4 del artículo [284 del Código Penal hondureño], tiene lugar cuando en un documento público se recogen expresiones o manifestaciones que no se corresponden con la realidad, incluyendo en él datos, ideas, pensamientos o decisiones referentes a elementos esenciales y fundamentales para los efectos del documento que son manifiestamente falsos y con potencial afectación negativa al tráfico jurídico, concurriendo como elemento subjetivo del injusto una conducta realizada por sujetos agentes animados de dolo falsario consistente en conciencia y voluntad de cambiar la realidad convirtiendo en aparentemente veraz lo que no lo es». No hay duda, pues, de la tipicidad, si la acción se comete por funcionarios públicos.

Cuando se trata de particulares es preciso hacer algunas precisiones. Las falsedades ideológicas cometidas por particulares en documentos públicos es un tema controvertido (véase la STS 772/1995, de 16 de junio). Tradicionalmente en la

doctrina y la jurisprudencia se han mantenido sobre esta cuestión dos posiciones contrapuestas. La que sostiene el carácter delictivo de las declaraciones inveraces realizadas por los particulares ante Notario, queda reflejada por ejemplo en la STS de 28 septiembre 1965 (RJ 1965\4005) que declaraba que «el delito de falsedad ideológica no puede circunscribirse al funcionario interviniente en el documento porque en ciertas clases de instrumentos –documentos notariales– el funcionario es mero receptor de lo que los otorgantes exponen o manifiestan siendo éstos los que verdaderamente hacen la narración que el funcionario recoge y cuando en ella faltan a la verdad, creando fácticamente situaciones de derecho, el precepto penal citado [art. 284.4.º del Código Penal hondureño] les es perfectamente aplicable». La que sostiene, por el contrario, la irrelevancia penal de estas conductas con carácter general, puede ser representada por otra STS del mismo año, la de 1 de febrero de 1965 (RJ 1965\438), que declaraba: «aun dando por supuesto que las manifestaciones ante el Notario otorgante no se ajustasen a la verdad histórica, no puede sostenerse que por parte de particulares, no específicamente obligados a decir verdad, ello integre delito de falsedad ideológica por el mero hecho de verterse las manifestaciones inveraces en documento público, que sabido es que pierden su fehcencia precisamente en los extremos de meras manifestaciones de las partes, sujetas a contención y prueba ulterior».

En la jurisprudencia posterior se abrió camino una postura intermedia que, sin negar la posibilidad de que pueda cometerse en casos muy singulares un delito de falsedad ideológica por particulares en documento público, a través de la figura de la autoría mediata, limita estos casos a los supuestos en que se afecten las funciones esenciales del documento, es decir las funciones de perpetuación (se fija la manifestación de voluntad de alguien), la función probatoria (permite probarla) y la función de garantía (permite identificar al autor de la declaración de voluntad) (SSTS de 18 marzo 1991 [RJ 1991\2311] y 28 septiembre 1992 [RJ 1992\7468], entre otras), utilizándose como argumentos justificativos de la necesaria limitación del campo aplicativo de la falsedad en estos supuestos, en primer lugar la consideración de que el depositario de la fe pública es la única persona jurídicamente obligada a decir la verdad, en segundo lugar que la mendacidad de los hechos narrados por el particular no tiene por qué propagarse al documento y en tercer lugar que las manifestaciones del particular tienen la condición de simple testimonio, el cual no puede tener una más grave consideración penal que el falso testimonio ante la autoridad judicial (STS de 8 marzo 1990 [RJ 1990\2417]), pudiendo añadirse la irrelevancia penal de las manifestaciones inveraces realizadas ante la autoridad judicial en prueba de confesión.

La antigua jurisprudencia española consideró delito de falsedad algunas situaciones en las que la manifestación del particular produjo automáticamente efectos oficiales susceptibles de trastornar el tráfico jurídico; en esos supuestos, la

mentira alcanza el nivel típico (STS de 18 de abril de 1966). El Tribunal Supremo consideró delictivos los siguientes casos de mendacidad por particulares: solicitar y obtener un documento de identidad a través del oportuno impreso oficial haciendo constar la filiación de un hermano y con la fotografía propia, aunque sin imitar la firma (STS de 28 de noviembre de 1966); comparecer ante Notario manifestando ser propietario de una finca y, en tal concepto, otorgar escritura de compraventa, sabiendo que la finca no era suya, porque con esta manifestación crea maliciosamente un título de propiedad de carácter ficticio (STS de 30 de abril de 1963); falsear la causa de un siniestro en el parte dado a la compañía de seguros para que la aseguradora satisficiera los daños producidos en el coche propio y en el ajeno (STS de 22 de febrero de 1985).

e) Alterar las fechas y cantidades verdaderas

Dos son las modalidades aquí recogidas: la falsedad ideológica consistente en consignar en un documento fecha o cantidad distinta de la verdadera; y la falsedad material, en la que se enmienda la fecha o la cantidad verdadera inicialmente constatada en el documento. Ya la STS de 4 de enero de 1913 decía que era indiferente que se sustituyera la fecha consignada o que se pusiera una distinta de aquella en que el documento había de surtir plena eficacia.

La falsedad ideológica de alteración de fecha y cantidad supone una especificación respecto de la falsedad ideológica genérica del numeral 4 y también del numeral 6. Naturalmente, la alteración de la fecha (y, en su caso, de la cantidad) sólo podrá incriminarse como falsedad en aquellos supuestos en los que tenga relevancia en orden a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas o incida de cualquier modo en el tráfico jurídico, de suerte que, si no estuviera aquí penada, se incluiría sin problema en el apartado siguiente.

f) Hacer en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido

El soporte de la acción es un documento verdadero que resulta alterado como consecuencia de ella. Se trata de una falsedad material descrita con dos términos alternativos: La *alteración*, que supone una mutación de alguno o algunos de los elementos expresivos por otro u otros distintos; también comprende la supresión de elementos expresivos sin necesidad de que sean sustituidos por otros nuevos. La *intercalación*, que supone la introducción de elementos nuevos que no estaban en el documento original.

En suma, la acción propia de este tipo comprende: 1) La simple supresión de elementos expresivos que no son sustituidos por otros. 2) La enmienda que supone

la supresión de determinados elementos expresivos y su sustitución por otros de distinta significación. 3) La adición de elementos expresivos inexistentes con anterioridad.

En cualquier caso, es preciso que esa modificación sea jurídicamente relevante y varíe el sentido del documento.

g) Dar copia en forma fehaciente de un documento supuesto o manifestar en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original

La teleología de este precepto se cifra en garantizar la seguridad del proceso relativo a la obtención de datos fehacientes de los registros públicos. Este proceso puede verse alterado tanto por el hecho de que se expida copia de un documento inexistente, como en la falta de fidelidad o discordancia entre el contenido verdadero del documento y el contenido de la copia o testimonio.

Sólo pueden cometer este delito aquellas personas que, conforme a la ley, están habilitadas para expedir copias fehacientes, sin perjuicio de aplicar las normas de participación.

h) Intercalar indebidamente cualquier escritura en un protocolo, registro o libro oficial

El supuesto describe una falsedad material. La incorporación de documentos a los protocolos, registros y libros oficiales, garantiza que la autenticidad de su contenido queda salvaguardada, para cuando se precise la obtención de copias. El documento originario permanece así intacto, posibilitando la movilización de su contenido a otros lugares mediante la extracción de copias.

Una adecuada protección de la autenticidad documental exige no solo que se reproche penalmente la conducta de quienes, teniendo funciones de fedatario o de certificación, expidan copias cuyo contenido discrepe respecto del original (conducta tipificada en el numeral 7 del art. 284); también es necesario que se tipifique toda alteración del documento originario incorporado al protocolo, registro o libro oficial (que es la conducta castigada en el numeral 8).

Es también aquí preciso, como en el resto de falsedades materiales, que se dé la condición prevista en el numeral 6, de manera que la alteración o intercalación «varíe el sentido». Sin tal requisito, no habría una alteración de la verdad con relevancia jurídica y no se daría la necesidad de protección penal o, dicho de otro modo, no habría lesión al bien jurídico protegido, que es requisito ineludible de toda infracción delictiva.

i) Destruir, mutilar, suprimir u ocultar un documento

Las acciones anteriores encajan difícilmente en el concepto de «falsificar» (falsear o adulterar una cosa), salvo, quizás, la mutilación de un documento, en cuanto supone cortar o cercenar una parte del mismo alterando así su contenido y su sentido. Ahora bien, destruir (inutilizar totalmente), suprimir (hacer desaparecer) u ocultar (esconder) un documento público, aunque su finalidad sea precisamente la de evitar que puedan tener eficacia en el tráfico jurídico, en realidad no suponen un ataque a la fe pública salvo que quien lo destruya, suprima y oculte sea precisamente quien, por el ejercicio de su función, deba conservarlos y, aun así, la acción sería más bien incardinable en el tipo de la infidelidad en la custodia de documentos (art. 358-A del CP).

Con todo, la tipificación de estas conductas en el artículo 248 supone que el particular o el funcionario que ejecute cualquiera de las anteriores acciones incurrirá en un singular delito de falsificación.

4. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS

Prevé el artículo 285 que *«quien en perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo cometiere en un documento privado alguna de las falsedades designadas en el artículo precedente, será sancionado con reclusión de seis meses a tres años»*.

Al igual que hicimos en el apartado anterior comenzaremos éste definiendo lo que debe entenderse por documentos privados, coincidiendo la doctrina en considerar tales, con un criterio residual, todos los no incluidos en la categoría de documento público.

Por lo que respecta a la acción, el tipo del 285 se remite a la comisión de alguna de las falsedades designadas en el artículo 284. Con todo, la propia naturaleza del documento privado impide que recaigan sobre el mismo algunas de las modalidades de conductas falsarias descritas en el artículo 284; así sucede con las expresadas en los numerales 7 y 8 del mencionado artículo.

5. FALSIFICACIÓN DE DESPACHOS TELEGRÁFICOS

Dice el artículo 286 del Código Penal:

El funcionario o empleado del servicio de telecomunicaciones que

supusiere o falsificare un despacho telegráfico, incurrirá en la pena de reclusión de uno a dos años.

Quien hiciere uso del despacho falso con intención de lucro o ánimo de perjudicar a otro, será castigado como el autor de la falsedad.

Esta figura delictiva se introdujo *ex novo* en el Código Penal español de 1870 importada, según CUELLO CALÓN, del Código Penal belga. La consecuencia es el tratamiento privilegiado de los funcionarios públicos y empleados, encargados de los servicios de telecomunicaciones, respecto de las falsedades que cometan en los despachos telegráficos. Es indudable que, sin la existencia de este tipo, injustificadamente privilegiado, la conducta caería bajo la órbita general del artículo 284, siendo más gravemente sancionado.

La acción típica se describe con los verbos «suponer» y «falsificar». El primero se refiere a la acción de dar vida a un despacho telegráfico inexistente; el segundo, al hecho de alterar el contenido de un despacho realmente existente.

Es de reseñar que la descripción típica no se remite a la enumeración casuística del artículo 284, sino que contiene un diseño dinámico específico de la acción. Ello se debe, sin duda, a que no todas las modalidades comisivas del artículo 284 resultan aplicables a este tipo.

El párrafo segundo configura la falsedad de uso del despacho telegráfico. El sujeto activo puede serlo cualquiera y no solamente los funcionarios o empleados del servicio de telecomunicaciones.

6. FALSIFICACIÓN DE BILLETES O BOLETOS DE LOTERÍA, RIFAS, TRASPORTES O ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

El artículo 287 del Código Penal sanciona con reclusión de tres a seis años a «*quien falsifique billetes o boletos de lotería o de los que se emplean para rifas o por empresas de transporte, espectáculos públicos u otras entidades análogas y los hace circular o se aprovecha de ellos personalmente o beneficia a otra persona y quien a sabiendas de que son falsificados los hace circular*».

Estamos ante un tipo agravado en relación con el tipo general de falsificación de documentos privados (art. 285 del CP). Las modalidades falsarias son las del artículo 284 en cuanto sean aquí aplicables. El tipo exige no sólo la acción falsaria sino algo más: hacerlos circular, aprovecharse de ellos personalmente o beneficiar a otra persona. Quiere ello decir que la simple falsificación de estos documentos no es punible si no va acompañada de las acciones subsiguientes. Es ésta una infracción

penal de las llamadas «de pluralidad de actos o complejas», en cuanto vienen estructuradas tomando varias acciones a realizar como integrantes del tipo. La infracción no se consuma hasta que se han realizado todas las acciones que dan lugar al comportamiento definido en la norma.

El tipo también sanciona la conducta de quien, no habiéndolos falsificado, pero sabiendo que son falsos, los hace circular. Por tanto, no es punible con arreglo a este precepto, al no preverse en el tipo, la conducta de quien, sin haberlos falsificado, se aprovecha de ellos.

7. FALSIFICACIÓN DE CERTIFICADOS MÉDICOS

El artículo 288 del Código Penal determina lo siguiente:

Se sancionará con reclusión de tres (3) a seis (6) años y multa de diez mil (L. 10,000.00) a veinte mil Lempiras (L. 20,000.00) al médico que extienda certificación o constancia que contenga información falsa sobre la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad o lesión, aunque de ello no resulte perjuicio.

La pena se duplicará cuando como consecuencia de la certificación o constancia falsa se recluya o retenga a una persona sana en un centro de tratamiento psiquiátrico, hospital u otro establecimiento análogo; sirva para obtener beneficios indebidos de la seguridad social o de otros servicios equivalentes o para lograr la excarcelación de una persona o evadir la acción de la justicia. La misma pena se aplicará a quien solicite la certificación o constancia falsa.

Como puede verse, el artículo 288 del Código Penal castiga al médico que extienda certificación o constancia que contenga información falsa sobre la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad o lesión, aunque de ello no resulte perjuicio.

La llamada fe pública, entendida como la confianza en que determinados documentos, signos o símbolos garantizados por el Estado se corresponden con la realidad, incumbe también al médico respecto a una tarea fundamental y privilegiada que le ha sido encomendada: la de emitir certificados apoyados en su calidad de experto o perito cualificado. Esta especial posición del sujeto activo y el carácter del documento sobre el que recae la acción falsaria se corresponden adecuadamente con la penalidad prevista (menor que para la falsedad en documento público y mayor que para la falsedad en documento privado).

Sujeto activo es el médico, es decir, el que está en posesión de un título de licenciado en medicina expedido por una facultad universitaria. Se describe, por tanto, una modalidad típica «de propia mano». La especialidad del artículo 288 no abarca a otros sanitarios provistos de título oficial, como enfermeras o comadronas; el precepto es taxativo al referirse únicamente a los médicos, por lo que el libramiento de una certificación falsa por parte de cualquiera de esos otros profesionales o por cualquier otra persona haciéndose pasar por médico (p. ej., un estudiante de medicina que aún no ha finalizado la carrera) debe acomodarse a las tipologías del artículo 284 y castigarse como falsedad en documento público o privado, según el caso.

También se pena expresamente al inductor, esto es, «a quien solicite la certificación o constancia falsa», con la misma penalidad que al autor (art. 288.II, último inciso).

El tipo no exige ningún elemento subjetivo de injusto. No importa cuál sea la finalidad con la que el médico realiza la acción; basta con que haga constar en la certificación información falsa sobre la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad o lesión. Tampoco se exige un resultado, puesto que el párrafo primero bien claro señala que la acción típica se castigará «aunque de ello no resulte perjuicio», aunque de darse alguno de los resultados previstos en el segundo párrafo, la pena se agrava duplicándose.

En efecto, la pena se duplicará si, como consecuencia de la certificación médica falsa se produce alguno de los siguientes resultados: a) se recluye o retiene a una persona sana en un centro de tratamiento psiquiátrico, hospital u otro establecimiento análogo; b) se obtienen beneficios indebidos de la seguridad social o de otros servicios equivalentes; c) se logra la excarcelación de una persona o que evada la acción de la justicia.

8. USO DE DOCUMENTO FALSO

El artículo 289 del Código Penal sanciona como autor de la falsedad a «*quien, a sabiendas, hiciere uso de un documento falso en todo o en parte*».

Los llamados delitos de falsedad de uso tienen en común tres importantes notas: 1) se cometen con la mera utilización del documento; 2) exigen que el sujeto que lo usa conozca su falsedad; 3) es necesario que la persona que lo utiliza no haya tenido ninguna intervención en la falsificación, es decir, no sea autor en cualquiera de sus formas o cómplice (STS de 21 de mayo de 1993). El uso del documento por el autor material de la falsedad o por los partícipes se sitúa en la fase

de agotamiento del delito de falsedad o, si se prefiere, queda absorbido por el delito principal. Se acepta, como premisa, que el falsificador va a hacer uso de lo falsificado y, si no fuera así, inexistente la intención o posibilidad de destinarlo al tráfico jurídico o de causar daño, faltaría la necesaria antijuricidad material (STS de 11 de abril de 1997).

9. FABRICACIÓN, IMPORTACIÓN O TENENCIA DE ÚTILES PARA COMETER FALSEDADES

En el artículo 291 del Código Penal se sanciona con reclusión de tres a seis años «a quien fabrique, importe o conserve en su poder maquinaria o equipos, instrumentos o materiales destinados a cometer alguna de las falsificaciones consignadas en este Título».

Como se ve, el tipo del artículo 291 es común a todas las falsificaciones reguladas en el Título IX, a saber: a) falsificación de moneda, billetes de banco y títulos valores; b) falsificación de sellos, papel sellado y otros efectos oficiales; y c) falsificación de documentos en general.

Se trata de actos preparatorios elevados a la categoría de delito. En efecto, este precepto es un tipo abierto o general, que amplía el campo de lo punible en materia de falsedades, castigando actos ordenados funcionalmente a la realización de cualquier falsificación punible y que, en puridad, ostentan la naturaleza de actos preparatorios especialmente criminalizados. El carácter abierto o general del tipo le hace perder sustantividad, de manera que las acciones en él descritas están esencialmente referidas a alguno de los tipos de falsificación punible definidas en el Título IX (monedas, billetes, sellos, marcas, documentos privados, etc.); de ahí que, para acusar y condenar por este delito será preciso consignar, por remisión, el correspondiente artículo del Código Penal en el que se encuentra la falsedad de referencia.

El objeto sobre el que recae la acción es la maquinaria, equipos, instrumentos o materiales, destinados a cometer alguna falsificación. La fórmula descriptiva es amplia y comprende todas las sustancias, materias, útiles, máquinas e instrumentos destinados a cometer alguna falsificación, tales como, por ejemplo, cuño, sello, marca, signo, dibujo, papel filigranado, tinta especial, programas de ordenador, etc..

La acción tiene una triple concreción descriptiva: la «fabricación», en cuanto creación *ex novo*; la «importación», como acto de mediación cuando la fabricación ha tenido lugar fuera de Honduras; y la tenencia o «conservación en su poder», lo cual supone una relación del sujeto con la cosa en virtud de la cual resulta posible

«echar mano» de ella cuando se necesita, bien detentándola materialmente, bien teniéndola a su disposición.

El elemento subjetivo exige que la acción esté preordenada a la comisión de cualquiera de las falsificaciones comprendidas en los artículos 274 a 288 del CP. El elemento interno estará integrado, en consecuencia, por el conocimiento del sujeto activo de que los objetos que fabrica, importa o posee sirven para falsificar moneda, documentos, etc., y por la específica intención de destinarlos a dicha actividad ilícita.

Capítulo IV. Tratamiento jurídico de la corrupción

1. COHECHO

Los artículos 361, 362 y 363 del Código Penal constituyen tres modalidades de una misma figura delictiva, conocida tradicionalmente por la doctrina y jurisprudencia como *cohecho pasivo propio*; la cual, junto con el *cohecho pasivo impropio* (arts. 365) y el *cohecho activo* (art. 366) integran la batería sancionadora con la que el legislador pretende hacer frente a la forma más aguda de corrupción del poder público encarnado en la Administración.

La diferencia sustancial entre el cohecho pasivo y el activo es que, en el primero la comisión del ilícito corre a cargo del funcionario, en tanto que en el segundo se contempla la acción del particular que corrompe o intenta corromper a aquél. El cohecho pasivo se subdivide en *propio*, cuando el acto realizado por el funcionario es contrario a los deberes del cargo, y en *impropio*, cuando es conforme a tales deberes.

Los bienes protegidos son también distintos en el cohecho activo y en el pasivo, aunque en todos ellos emerja la idea de lucha contra la corrupción, ínsita a todo soborno⁽¹⁰⁶⁾. Así, en el cohecho pasivo lo que se quebranta es el deber y la confianza depositada en el funcionario, en tanto que en el cohecho activo se quiebra el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales (Muñoz Conde). No estamos, por consiguiente, ante un delito bilateral que exige el perfeccionamiento de un acuerdo de voluntades entre el particular y el funcionario, sino ante dos delitos distintos autónomamente castigados. Buena prueba de ello es que el delito se consuma por la solicitud de dádiva por parte del funcionario aunque no sea aceptada por el particular y por la oferta de soborno hecha por el particular y no aceptada por el funcionario.

Al respecto, la STS de 30 de junio de 1982 señala:

[...] Frente a otras legislaciones que siguen sistemas distintos, la española [e igualmente la

⁽¹⁰⁶⁾ Dice la STS 84/1996, de 5 de febrero, que «la única nota compartida por todos los tipos de cohecho no es otra que la idea de corrupción, pues fuera de ella los demás rasgos que pudieran significarse no concurren en todas las figuras de cohecho».

hondureña] se caracteriza por el abandono de la teoría de la bilateralidad y porque, del cohecho cometido por funcionarios públicos y del perpetrado por particulares, se hacen dos títulos diferentes de imputación aunque se les pene igualmente y se les subordine al mismo *nomen iuris*, es decir, que el cohecho pasivo y el activo o impropio, se definen y ponen en preceptos distintos, sin que, a efectos de consumación, sea necesario que la solicitud del funcionario sea atendida ni que el intento de corrupción efectuada por el particular fructifique con aceptación del funcionario.

También la STS 2052/2001, de 7 de noviembre, afirma:

[...] en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es, al menos en determinados casos, un delito unilateral que se consuma por la mera «solicitud» u «ofrecimiento» de la dádiva. Así se deduce expresamente del texto legal y lo ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial (sentencia de 18 de enero de 1993 [RJ 1993\126] y 8 de mayo de 2001 [RJ 2001\2700], entre otras), sin que sea necesario para su sanción ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto injusto o delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco, evidentemente, la condena del que recibe el ofrecimiento.

A) Cohecho pasivo propio

A él se refieren los artículos 361, 362 y 363 del Código Penal.

Artículo 361: *«El funcionario o empleado público que solicite, reciba o acepte, por sí o a través de otra persona, dádivas, presentes, ofrecimientos, promesas o cualquier otra ventaja indebida para ejecutar un acto contrario a sus deberes que sea constitutivo de delito, será sancionado con reclusión de cinco (5) a siete (7) años, más inhabilitación absoluta por el doble del tiempo que dure la reclusión, sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido en razón de la dádiva o promesa».*

Artículo 362: *«El funcionario público que solicite, reciba o acepte, directa o indirectamente, dádivas, presentes, ofrecimientos, promesas o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio de su cargo, será sancionado con reclusión de dos (2) a cinco (5) años. Si dicho acto no llega a consumarse, se sancionará al reo con reclusión de uno (1) a tres (3) años. En ambos casos se aplicará inhabilitación absoluta igual al doble del tiempo que dure la reclusión».*

Artículo 363: *«Cuando la dádiva o presente solicitado, recibido o prometido tuviere por objeto que el funcionario o empleado público se abstenga de ejecutar un acto que debiera practicar en el cumplimiento de sus obligaciones legales, la pena será de reclusión de dos (2) a cinco (5) años más inhabilitación especial igual al doble del tiempo que dure la reclusión».*

El Código, siguiendo la tradición histórica del Derecho español⁽¹⁰⁷⁾, mantiene una ordenación tripartita del cohecho propio en los artículos transcritos, que se debe exclusivamente a la voluntad de marcar un escalonamiento punitivo de mayor a menor desvalor de la acción (según la clase de acto contrario al cargo que se propone llevar a cabo a cambio del soborno).

a) Bien jurídico protegido

La represión penal del cohecho, nos dice la STS 593/1995, de 29 de abril, «protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos». Las figuras típicas del cohecho –indica la STS 84/1996, de 5 de febrero–, «en último término, persiguen la protección del normal funcionamiento de los servicios públicos que los órganos e instituciones del Estado vienen obligados a ofrecer a los miembros de la comunidad, con arreglo a los principios y criterios marcados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico». Como dice la STS 2115/1993, de 7 de octubre, «no se trata sólo de asegurar la rectitud de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de la función y de los funcionarios, a quienes hay que mantener siempre a salvo de cualquier injusta sospecha de interesada y voluntaria transgresión de sus deberes». En todo caso, el cohecho pasivo se liga a la idea de «corrupción» en el ejercicio de los deberes del cargo como funcionario (p. ej. SSTS 2115/1993, de 7 de octubre y 84/1996, de 5 de febrero).

b) Sujeto activo

1. *Delito especial.* El cohecho pasivo es un delito especial propio en todas sus variantes. Sujeto activo es el funcionario o empleado público en el concepto amplio del artículo 393 del Código Penal. Por virtud de lo dispuesto en el artículo 364, sujetos activos son también «los árbitros, arbitradores, peritos o cualesquiera persona que desempeñen una función pública».

2. *Participación del no funcionario.* Los delitos especiales plantean el problema de hasta dónde es posible extender a un *extraneus* (en quien no concurre la cualidad

⁽¹⁰⁷⁾ Como recuerda la STS de 30 de junio de 1982 (RJ 1982\3588), «el delito de cohecho, regulado, en sus diversas formas, en los artículos 385 y siguientes del Código Penal [de 1973], fue ya conocido en el Derecho romano con el nombre de *crimen repetundarum*, y castigado en la Partida III, Título XXII, Leyes 24, 25 y 26, de las Siete Partidas; en el Libro II, Título L, Leyes 7 y 8 de la Novísima Recopilación; en los artículos 453 a 457 y 460 y 461 del Código Penal de 1822; en los artículos 316 y siguientes del Código de 1850; en el artículo 473 del Código de 1928 y en los artículos 396 y siguientes del Código de 1932».

distintiva, en este caso de funcionario), la responsabilidad por su comisión. La actual tendencia jurisprudencial es la de entender que, si bien autor de estos delitos solo puede ser el funcionario o empleado público, no hay inconveniente alguno en que particulares puedan actuar como partícipes del delito en calidad de inductor o cooperador necesario. No es obstáculo a este planteamiento el hecho de que el delito de cohecho lleve aparejada la pena de inhabilitación absoluta, ya que dicha pena no consiste sólo en la privación, durante el tiempo de condena, del cargo u oficio público que el funcionario o empleado público ostenta, sino también en la posibilidad de obtenerlo durante ese tiempo (art. 48 del CP), de manera que tal privación de derechos puede alcanzar a los particulares.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 361 del Código Penal, el autor del cohecho puede solicitar, recibir o aceptar la dádiva «por sí o a través de otra persona», lo que indica a las claras la participación de un tercero en la acción criminal, que ni es el autor directo del cohecho ni es el particular que ofrece el soborno. Pues bien dicha persona interpuesta, cuando actúa con pleno conocimiento y voluntad de cooperar en dicha acción delictiva, es partícipe en el delito de cohecho (STS 20/2001, de 28 de marzo).

Admitida la participación del *extraneus*, se plantea el problema de la proporcionalidad en la pena. En efecto, en el particular no concurre el plus de antijuridicidad que añade a la conducta del autor directo su condición de funcionario o empleado público, lo cual podría dar lugar a una atenuación de la pena. La STS 20/2001, de 28 de marzo explica estos aspectos:

Como señala la sentencia de 18 de octubre de 1994 (RJ 1994\8026), en el delito de cohecho es posible la participación de personas distintas del autor o autores principales o directos, a título de cooperadores, necesarios o no. Si, como sucede en el caso actual, un particular, *extraneus*, participa en el delito cometido por el funcionario *intraneus*, dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado, sin perjuicio de que se modere la penalidad atendiendo a la ausencia de la condición especial de funcionario.

La jurisprudencia de esta Sala (SS 274/1996, de 20 de mayo; 1493/1999, de 21 de diciembre) ha señalado reiteradamente que el texto del artículo 28 del CP 1995 [véanse los arts. 32 y 33 del CP hondureño] no requiere que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio –es decir, en aquellos delitos en los que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación– tengan la misma condición jurídica que el autor. Dicho en la terminología doctrinal: la Ley no impide la punibilidad del *extraneus* como partícipe en el delito propio del *intraneus*.

Esta solución tiene una clara fundamentación normativa, como señalan las sentencias de 20 de mayo de 1996 y 21 de diciembre de 1999. El partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal [arts. 32 y 33 del CP hondureño]. Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen a esta solución. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud del autor, es claro que la ilicitud del hecho del autor es el resultado de la conducta del partícipe, que en forma mediata ataca al mismo bien jurídico. Si el fundamento de la punibilidad del partícipe se

viera en la causación del ilícito, la situación no sería en modo alguno diferente pues el partícipe contribuye a la producción del acto ilícito. Por lo tanto, cualquiera sea el fundamento de la punibilidad del partícipe, la participación en los delitos especiales propios no puede ser impune.

La jurisprudencia, siguiendo de esta manera una doctrina fuertemente consolidada, ha entendido que lo único que debe ser tenido en cuenta en favor del partícipe es que éste no infringe el deber específico del autor y que, por tal razón, el partícipe puede ser condenado con una pena atenuada respecto del autor. La falta de infracción del deber especial del autor importa, por regla general, un menor contenido de la ilicitud del partícipe, pero no elimina su cooperación en la infracción del deber del autor y en la lesión del bien jurídico (STS 21 de diciembre de 1999).

c) Conducta típica

a) *La acción.* Viene constituida por conductas alternativas, no necesariamente excluyentes unas de otras: solicitar, recibir o aceptar dádivas, presentes, ofrecimiento, promesas o cualquier otra ventaja indebida.

La *solicitud* puede realizarse de cualquier forma, explícita o implícita, expresa o tácita (STS de 28 de octubre de 1986), sin que sea precisa la aceptación de tal solicitud, pues tan pronto como ésta se formula, el delito se consuma para el funcionario. No es necesario que incluya una dimensión «amenazante o coactiva» que, en su caso, daría lugar a su punición por concurso medial o real (STS de 8 de octubre de 1991). Al respecto, dice la STS de 4 de octubre de 1988 que «carecen de trascendencia los términos en los que se haya producido la petición, es decir, según que se haya hecho en forma más o menos intimidativa, aparte de que todo supuesto de solicitud de dádiva por el funcionario conlleva en sí mismo un elemento de coacción o de intimidación ya sea expreso o tácito».

La *recepción* de dádivas, presentes o ventajas indebidas puede también hacerse de modo expreso o tácito, pero es necesario que concorra el elemento intencional, consistente en que el funcionario o empleado público conozca la contraprestación que de él se espera. De lo contrario, si ignora este dato, la acción no sería punible como cohecho pasivo propio, aunque podría serlo como cohecho pasivo impropio (art. 365 del CP).

La *aceptación* de ofrecimiento o promesa también consume el delito cualquiera que sea la forma en que se presente, siempre que sea seria.

Las conductas pasivas del funcionario (aceptar o recibir) pueden no ser constitutivas de delito si se acredita que tenían como finalidad descubrir y probar un cohecho activo⁽¹⁰⁸⁾. Por el contrario, la conducta de «solicitar» por parte del

⁽¹⁰⁸⁾ Un caso en el que un agente de la Guardia Civil fingió aceptar un soborno para descubrir al autor del delito fue el tratado en la STS 581/2005, de 6 de mayo. La acusada contactó con dos guardias civiles y les propuso que, a cambio de dinero, colaborasen indicando el lugar de la

funcionario, aunque probase finalmente que estaba dirigida a descubrir un delito, podría reconducirse al delito provocado⁽¹⁰⁹⁾. Por lo demás, si la solicitud se hace con el decidido propósito de no cumplir el acto relativo al cargo que se ofrece a cambio, podríamos estar ante una estafa. Dice en este sentido la STS de 19 de mayo de 1989 que «cuando se prueba que el funcionario ha simulado un consentimiento inexistente, en orden a realizar el acto determinante del cohecho, el hecho podría revestir los caracteres de estafa, sin perjuicio por supuesto de seguir siendo cohecho para quienes entregan las dádivas, regalos o presentes».

b) Consumación. Los artículos 361, 362 y 363 del CP describen delitos de mera actividad. Se consuman por el mero hecho de *solicitar, recibir o aceptar* la dádiva, promesa o ventaja. No es preciso, por tanto, que el provecho perseguido llegue a materializarse, ni tampoco que el funcionario llegue finalmente a realizar u omitir el acto relativo a su cargo. Como bien dice la STS 1335/2001, de 19 de julio:

[...] todas las figuras delictivas de cohecho se configuran como delitos de mera actividad, sin que el resultado de la posterior conducta del funcionario sea relevante, toda vez que los tipos penales se consuman con la ejecución de la acción típica descrita en la Ley que, en el caso que nos ocupa, consiste en el intento de corromper al funcionario público, sea cual fuere la actividad concreta que se demandara de éste como contraprestación, y de la mayor o menor gravedad de ésta.

c) En provecho propio o de un tercero. La solicitud, aceptación o ventaja puede producirse en provecho propio o de un tercero. En realidad tal alternativa no se contempla de modo expreso en el texto legal, pero puede inferirse de los términos «por sí o a través de persona interpuesta» (art. 361), «directa o indirectamente» (art. 362). En la doctrina es opinión común que el cohecho se comente aunque las dádivas o presentes, entregados o prometidos no estén destinados directamente al

costa, uno en Laredo (Cantabria) y otro en Vinaroz (Castellón), donde se pudiera desembarcar tabaco de contrabando. Los agentes dieron parte a sus superiores y fingieron estar interesados. El Tribunal Supremo rechaza que en este caso hubiera delito provocado en los siguientes términos: «Conviene precisar aquí, puesto que hubo una actuación simulada por parte de un guardia civil, que no nos hallamos ante la figura del delito provocado, respecto de la cual venimos entendiendo en esta sala que no hay responsabilidad criminal por constituir una mera ficción que no entraña ni lesión ni peligro del correspondiente bien jurídico protegido, ya que la situación se encuentra en todo momento bajo el control del funcionario que actuó de agente provocador. Falta de antijuridicidad material que existe cuando la provocación parte de las fuerzas policiales que incitan a perpetrar un delito en quien no tenía previamente tal propósito, no cuando la iniciativa parte del luego acusado y condenado, de modo que la actuación policial es obligada por los deberes propios de su cargo, que es en realidad lo que aquí ocurrió».

⁽¹⁰⁹⁾ Dice la STS 1817/2002, de 6 de noviembre: «En el caso actual no existe base fáctica alguna que permita sostener que el cohecho objeto de condena fuese un delito provocado, ni por parte de un agente o colaborador de los Cuerpos de Seguridad ni por parte de persona alguna. Fue el recurrente quien solicitó las dádivas, y si los afectados trataron de grabar una conversación con el recurrente fue para obtener pruebas del cohecho, no para provocarlo».

funcionario o a una persona de su familia (Devesa). La STS 84/1996, de 5 de febrero, afirma lo siguiente:

[...] Es importante destacar que, según el propio Código Penal, la acción no tiene por qué ser directa, ni la ventaja para el propio funcionario, al admitirse como típica, además de la acción propia, la actuación por medio de terceras personas (el texto legal habla de «por sí o por persona intermedia»). En el mismo sentido, la dádiva o la promesa tampoco tienen por qué ser para el propio funcionario. La doctrina admite que el delito se comete aunque la dádiva o presente entregado o prometido no están destinados al funcionario, sino a alguien de su familia o incluso a un tercero, extendiendo en este sentido el alcance de la «persona interpuesta», siempre que el funcionario obtenga de algún modo un goce o beneficio de ello⁽¹¹⁰⁾.

d) *Actos relacionados con el ejercicio del cargo.* La finalidad de la acción del soborno tiene por objeto un acto del funcionario «contrario a sus deberes» (art. 361), o un «acto injusto relativo al ejercicio de su cargo» (art. 362) o una omisión consistente en «abstenerse de ejecutar un acto que debiera practicar en el cumplimiento de sus obligaciones legales» (art. 363).

Los actos que el funcionario, como contraprestación del soborno, ha de realizar o abstenerse de ejecutar, tienen que estar relacionados con su «cargo», con sus «deberes», con sus «obligaciones legales». Puede mantenerse al respecto una interpretación restrictiva, de suerte que en los casos en que el funcionario carezca de competencias o atribuciones sobre el acto en cuestión podríamos estar ante una estafa o, si actúa como intermediario ante otro funcionario para conseguir la realización del acto pretendido con el cohecho cabría tipificarlo como cohecho de prevalimiento o tráfico de influencia (art. 369-A del CP) o, en último extremo, podrían aplicarse las reglas generales sobre participación criminal.

Pero también es posible hacer una interpretación menos cicatera de los

(110) Esta sentencia absolvió, con un criterio difícil de compartir, a una alcaldesa que, a cambio de olvidar ciertas irregularidades urbanísticas, solicitó de unos constructores cierta cantidad de dinero para formar una banda de música municipal y reparar la vivienda de un conserje de un colegio público. El Tribunal Supremo estima que en tal caso no existió delito de cohecho porque «la acusada solamente persiguió beneficios para la cosa pública, concretamente para el Ayuntamiento; pues no cabe la menor duda de que tanto la formación de una banda de música municipal como la reparación de la vivienda del conserje de un colegio público, igualmente municipal, representaban potenciales beneficios para las arcas municipales, sin que conste otro posible beneficio particular para la alcaldesa condenada que el que pudiera resultar de la valoración política de su gestión de los intereses del municipio, la que sin duda sería objeto de encontradas opiniones». Sin embargo, el propio Tribunal Supremo, aunque lo desdeña, apunta el beneficio particular para la alcaldesa acusada: la valoración política de esa gestión. Es bien fácil aceptar que tanto la creación de la banda municipal de música como la reparación de un anexo a un colegio público son activos en el haber de la clase política que, sin duda, utilizan en beneficio propio, de su carrera política. El Alto Tribunal debió de confirmar la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial.

términos «cargo», «deberes» y «obligaciones legales», aceptando que estos conceptos comprenden, además de los actos incluidos entre las específicas competencias del funcionario, aquellos otros incluidos en la *esfera de su actividad*. Desde esta perspectiva serían también constitutivas del delito de cohecho aquellas conductas en las que el cargo simplemente permite o facilita al funcionario el acceso a determinados lugares u objetos para la consecución del fin antijurídico perseguido, aunque estén situados fuera de su marco competencial estricto.

d) El instrumento del soborno: dádivas, presentes, ofrecimientos, promesas o ventajas indebidas

El objeto mediante el que se soborna ha de ser «dádivas, presentes, ofrecimientos, promesas o cualquier otra ventaja indebida».

a) *Concepto*. No es ocioso consignar el significado que respecto de cada uno de los anteriores conceptos se contiene en el Diccionario de la Lengua Española:

Dádiva: «cosa que se da graciosamente».

Presente: «obsequio, regalo que una persona da a otra en señal de reconocimiento o de afecto».

Ofrecimiento: «acción y efecto de ofrecer». Ofrecer: «presentar y dar voluntariamente una cosa».

Promesa: «expresión de la voluntad de dar a uno o hacer por él una cosa».

La coincidencia en su significado de varios de los términos expresados resulta bien patente. No obstante, se hace preciso indagar la razón que determinó al legislador a la inclusión de todos ellos para servir de instrumentos del delito de cohecho.

Rodríguez Devesa entiende que «no debe inducir a confusión la diversidad de términos que emplea el Código. En realidad el instrumento del delito es siempre una dádiva o presente que, si no se entrega en el acto, recibe el nombre de ofrecimiento o promesa. Dádiva es cosa que se da graciosamente; presente es un don, alhaja o regalo que una persona da a otra en señal de reconocimiento o afecto. El legislador ha materializado, por así decir, el cohecho y expresamente pide que el objeto se concrete en una dádiva o presente». Muñoz Conde coincide en señalar que el ofrecimiento o promesa están en referencia a dádiva o presente. Orts Berenguer, en la misma línea, afirma que «dádiva y las restantes formas de gratificación que se expresan son, en el fondo, una misma cosa, con la sola diferencia de su distinta materialización temporal». Queralt pormenoriza tales términos y expresa que «el objeto con el que se corrompe al funcionario es una dádiva (dinero en efectivo, o símbolo que lo represente: cheques, valores...), un presente, es decir, un regalo de

un objeto (un coche, una casa...)».

Ofrecimiento y promesa están referidos, como se ha destacado por la doctrina, a dádiva o presente, cuya entrega se sitúa en un momento posterior. Difieren en cuanto al tiempo no en su contenido.

b) Contenido cualitativo. En la doctrina se ha discutido sobre si la dádiva y el presente, así como su ofrecimiento o promesa, han de tener necesariamente contenido patrimonial o no. La jurisprudencia del TS español sostuvo que la ley, con los distintos términos que emplea, «se refiere en general a todo aquello que pueda ser buscado por los apetitos humanos... no pudiendo quedar fuera la solicitud realizada por el funcionario público de favores carnales» (STS de 25 de octubre de 1961). Aunque se aceptase una interpretación restrictiva de los términos dádiva y presente, relacionándolos sólo con un contenido económico (lo cual resulta muy discutible), el legislador hondureño añade también la solicitud, recepción o aceptación de «cualquier otra ventaja indebida», que, sin duda, abarca aspectos diferentes al puramente económico, como puede ser un ascenso en el empleo, favores sexuales, etc.

Ya hemos señalado que el criterio defendido por la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español, en los no muy numerosos supuestos en los que se ha pronunciado sobre el particular, es precisamente el de tomar una amplia acepción de los términos «dádiva» y «presente». Así, en la sentencia de 8 de noviembre de 1955, se supera el contenido exclusivamente económico o material al subsumir en esta figura delictiva el supuesto en el que un individuo pidió al Presidente del Tribunal que dictase sentencia absolutoria en causa seguida contra él mismo y le ofreció, si así se conseguía, cargos más preeminentes en su carrera judicial como los de Magistrado del Tribunal Supremo y Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona. También en la STS 2496/1993, de 6 de noviembre, se sigue un criterio amplio al determinar el concepto de dádiva y se dice:

En efecto, el concepto de dádiva no se debe entender como sinónimo de regalo, sino como ventaja obtenida por el funcionario a cambio de un acto del servicio de su competencia o contrario a sus deberes funcionariales. Este concepto de dádiva se vincula con el bien jurídico que protegen estos delitos: la confianza en la objetividad de las decisiones de los funcionarios y en su no venalidad. Es indudable entonces que este bien jurídico resulta lesionado ya cuando el funcionario recibe ventajas patrimoniales, o de otra especie, que aparecen a los ojos de los ciudadanos como contrapartida por prestaciones consistentes en actuaciones públicas propias o no de su competencia.

Como es obvio este concepto de dádiva no requiere ni carácter definitivo de la ventaja, en el sentido de regalo, ni clandestinidad y ocultamiento. Por lo tanto, un préstamo gratuito de dinero cuyo importe ha sido ingresado en la cuenta corriente del autor, cumple totalmente con las exigencias del concepto de dádiva que hemos señalado.

c) *Contenido cuantitativo*. El Código Penal, al regular el delito de cohecho no fija una determinada cuantía para la dádiva en el caso de que tenga un carácter materialmente estimable. Ello permitiría afirmar la existencia del delito cualquiera que fuese la cuantía de la dádiva, si concurren los demás elementos que lo caracterizan. Es indiferente cuál sea el montante económico de la dádiva o la entidad de la ventaja; lo importante es que sea relevante en orden a motivar la acción del funcionario. La STS de 16 de mayo de 1996 indica que «la aplicación del tipo no requiere la cuantificación de la dádiva, bastando que ésta exista».

Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia sí se ha preocupado de la cuantía cuando está constituida por cosas de mínimo valor o importancia. No es ésta una cuestión baladí, puesto que el artículo 365 regula el denominado cohecho impropio, castigando al funcionario o empleado que «acepte un regalo o beneficio de cualquier clase de parte de quien tenga algún asunto sometido a su conocimiento», supuesto residual en el que no se exige relación causal entre el regalo o beneficio y una conducta delictiva, un acto injusto no constitutivo de delito o la abstención del funcionario en un acto debido (en estos casos resultarían de aplicación los arts. 362, 363 y 364 del CP, respectivamente).

Ferrer Sama coincide con el legislador al expresar que «la ley no puede fijar criterios en cuanto al monto de la dádiva o presente, del regalo o beneficio para excluir del cohecho ciertos casos, por muy exiguo que sea su valor, lo cual no impide que se descarten del terreno de este delito todos aquellos supuestos en los cuales el juzgador, teniendo en cuenta la índole de la función que el sujeto desempeña, su posición social y económica, la naturaleza de sus relaciones con el particular y las demás circunstancias concurrentes análogas, pueda racionalmente afirmar que en modo alguno el presente recibido haya influido en el cumplimiento de sus deberes. Muy mal parada quedaría la honorabilidad de los funcionarios en general si hubiera de ponerse en duda siquiera que el no haber rechazado un cigarrillo que se le ha ofrecido pueda haber sido causa de desviaciones en el ejercicio de las funciones de su cargo».

En la misma línea se expresa Rodríguez Devesa quien sostiene que «por regalos hay que entender objetos de valor material (económicos) más o menos grande, pero suficiente para descartar toda idea de mera afección. Obsequios de escaso valor económico y de carácter afectivo no son regalos en el sentido del artículo [365 del CP hondureño], so pena de extender en términos inadmisibles la esfera punitiva. Basta, no obstante, que las circunstancias hagan desechar todo pensamiento de mera afección para que, cualquiera que sea el valor de la cosa – siempre que lo tenga–, sea aplicable la máxima de que "la justicia se ofende *etiam uno nummo*" (con una sola moneda)».

c) *Momento*. Tampoco tiene importancia que la percepción de la dádiva, presente o ventaja se produzca antes o después de realizado el hecho, siempre que se haya solicitado o aceptado con anterioridad a su realización. Basta con que exista una conexión causal entre la dádiva o presente y el acto a realizar.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha negado la tipicidad cuando la dádiva se ha entregado después de la realización del acto por el funcionario, salvo que se hubiese convenido previamente. Así, en la sentencia de 6 de noviembre de 1943 se declara que «si bien es harto censurable y merece reprobación en el orden moral el hecho de ofrecer presentes a los funcionarios públicos en consideración a sus cargos, no entra dentro del campo de lo ilícito penal si la dádiva se hace después de realizada la actuación del funcionario a quien ya no puede corromperse, porque sobornar es corromper a uno con dádivas para conseguir de él una cosa y como no se dice en los hechos probados que la dádiva fue previamente convenida... el hecho escapa al sentido estricto del precepto penal que se reputa vulnerado».

e) La contraprestación al soborno

La distinción esencial entre las tres modalidades del delito de cohecho pasivo propio es la clase de acto o la contraprestación del funcionario al soborno solicitado, recibido o aceptado:

1) Artículo 361. La finalidad del soborno es ejecutar un *acto constitutivo de delito*. Naturalmente, puede tratarse de un delito por acción o por omisión (art. 13 del CP). No se comprenden en este precepto los actos constitutivos de faltas, que habrán de ser encauzados a través del tipo del artículo 362.

El delito ha de ser, además, un acto «contrario a sus deberes» como funcionario. El delito ha de tener relación con sus deberes funcionariales, de manera que no sería cohecho, por ejemplo, pagar a un funcionario una cantidad de dinero para que cometa un asesinato. No es preciso que se ejecute el delito que motiva la gratificación o el soborno (ya hemos dicho que el cohecho es un delito de mera actividad), y ni siquiera es necesario que haya sido objeto de acusación. STS 95/2002, de 1 de febrero:

[...] Como se ha dicho la comisión del delito de cohecho solamente exige que las dádivas se ofrezcan y perciban con dicha finalidad, con independencia de que los delitos a cuya comisión de destinan hayan llegado a consumarse o a ser objeto de acusación.

El delito cometido en razón de la dádiva o promesa se castiga en concurso real.

2) Artículo 362. En este caso, el soborno persigue la realización de un *acto injusto no constitutivo de delito*, relativo, además, al ejercicio de su cargo.

El concepto de *acto injusto* viene siendo interpretado como «contrario al derecho positivo», incluyéndose en tal concepto los ilícitos administrativos, civiles y faltas penales. La STS 593/1995, de 29 de abril, afirma que, «generalmente, este acto se suele considerar equivalente a ilegal, pues lo injusto es un concepto más abstracto e indefinido y conviene referirlo a un patrón que proporcione seguridad jurídica». Por acto injusto –señala la STS 782/2005, de 10 de junio– «ha de entenderse todo acto contrario a lo que es debido»⁽¹¹¹⁾ y añade que «la injusticia del acto no consiste en una ilegalidad formal o administrativa sino en una contradicción material y relevante con el ordenamiento jurídico»⁽¹¹²⁾.

En cuanto a la diferenciación de la pena según el acto injusto se haya llegado a consumar o no, responde a que, no tratándose de un hecho delictivo, no es posible la remisión del acto injusto a las reglas del concurso real (salvo si el acto injusto fue la comisión de una falta). En el caso del artículo 361, la combinación de las reglas del concurso delictivo procura la proporcionalidad del *desvalor de la acción* del cohecho más el *desvalor del resultado*, merced a la punición añadida del delito cometido en razón de la dádiva o promesa. Sin embargo, en el caso de los actos injustos no delictivos (del art. 362), el legislador valora ese plus de desvalor del resultado incrementando la sanción prevista para el cohecho, cuando el acto injusto llegue a ejecutarse.

3) Artículo 363. En este caso el soborno tiene por objeto que el funcionario se *abstenga de ejecutar un acto* que debiera practicar en cumplimiento de sus obligaciones legales.

El precepto es objeto de críticas doctrinales y jurisprudenciales al considerarlo superfluo, en cuanto que, de no existir, su conducta se incardinaría en el artículo

⁽¹¹¹⁾ También, entre otras, las SSTS núms. 1701/2001, de 24 de septiembre; 893/2002, de 16 de mayo y 1817/2002, de 6 de noviembre.

Como ejemplos de actos injustos pueden traerse a colación los siguientes: solicitar dinero por autorizar que una determinada grúa, y no otra, retire de la calzada los vehículos averiados o accidentados, implica apartarse de los deberes y funciones propias de un miembro de la Guardia Civil (STS 893/2002, de 16 de mayo); funcionario que cobra a inmigrantes por favorecerles en la tramitación de sus expedientes, evitándoles cumplir enojosos trámites (largas colas de espera por afluencia masiva de personas a unas mismas oficinas, con plazos de tiempo limitados), mediante la entrega de determinadas cantidades de dinero (STS 782/2005, de 10 de junio).

⁽¹¹²⁾ Lo mismo puede leerse en las SSTS núms. 1493/1999, de 21 de diciembre; 1952/2000, de 19 de diciembre; 20/2001, de 28 de marzo; 2052/2001, de 7 de noviembre y 1817/2002, de 6 de noviembre.

362, ya que no habría dificultad alguna en admitir que, donde este precepto habla de «acto» se comprenden lo mismo las acciones en sentido estricto que las omisiones. La STS de 19 de mayo de 1989 advierte que «la doctrina científica, en general, censura la circunstancia de que el legislador haya autonomizado esta figura cuando de no existir, sería perfectamente subsumible la conducta en el artículo [anterior] del mismo texto legal que, en principio, debiera abarcar, como es normal en la técnica legislativa penal, la acción y la omisión».

Si la abstención del funcionario supone la comisión de un delito (de omisión o cometido por omisión) sería aplicable el artículo 361 y no el 363. Cuando la omisión constituya un «acto injusto» parecería lógico también que se aplicase el artículo 362 y no el 363. Ello no obstante, el legislador ha querido distinguir entre la realización de un «acto injusto» y la omisión de un «acto que debiera practicar en el cumplimiento de sus obligaciones legales», tarea que resulta difícil si aceptamos que la omisión de un acto de obligado cumplimiento es necesariamente un «acto injusto»⁽¹¹³⁾.

En cuanto a qué debe entenderse por «acto que debiera practicar en el cumplimiento de sus obligaciones legales», el tenor legal parece referirse a un concepto de *deber específico*, exigible precisamente a *ese funcionario*, en la *concreta* situación en que concurren los *presupuestos* que legalmente determinen su obligación de actuar⁽¹¹⁴⁾.

(113) Un ejemplo de tal dificultad lo comprobamos al leer el caso tratado por la STS 1817/2002, de 6 de noviembre. El recurrente había sido condenado por la modalidad de cohecho consistente en realizar acto injusto, y sostenía en casación que debió ser condenado por abstenerse de realizar un acto que debiera practicar en ejercicio de su cargo. Los hechos fueron los siguientes: el condenado, fue el encargado de inspeccionar (como funcionario de la Administración estatal) dos empresas que habían recibido ayudas públicas para la transformación de tomate y melocotón, advirtiendo a sus propietarios que había detectado «irregularidades» que debían determinar la devolución de las subvenciones recibidas, si bien si le entregaban un tanto por ciento de la cantidad que deberían devolver, el problema podía «arreglarse». Alega el recurrente que el hecho probado no clarifica cuál es la actuación que se proponía a cambio de la dádiva, por lo que debe entenderse que se trataba exclusivamente de no mencionar las irregularidades, es decir, abstenerse de un acto debido, y no realizar un acto injusto. El Tribunal Supremo rechaza el planteamiento del recurrente y declara: «Esta argumentación no puede ser acogida, pues el acto que debía realizar el funcionario como consecuencia necesaria de la inspección era emitir un informe que podía ser favorable o desfavorable, en atención al resultado de la misma. Es claro que cuando el funcionario ofrece «arreglar» el problema a cambio de una dádiva, está proponiendo emitir un informe favorable, cuando debería ser desfavorable, y esta actuación constituye manifiestamente un acto injusto relativo al ejercicio del cargo».

(114) Por esta modalidad de cohecho fueron condenados, por ejemplo, unos Guardias Civiles que, tras detener un vehículo transportando mercancía ilegal, pidieron dinero al conductor para dejarle seguir su camino sin denunciarle (STS de 27 de septiembre de 1990); y un Policía Municipal que se abstuvo de denunciar una infracción de tráfico a cambio de un préstamo (STS de 8 de octubre de 1991).

B) Cohecho pasivo impropio

El artículo 365 del Código Penal define el cohecho pasivo impropio en los siguientes términos:

El funcionario o empleado público que acepte un regalo o beneficio de cualquier clase de parte de quien tenga algún asunto sometido a su conocimiento, se sancionará con reclusión de uno (1) a cuatro (4), más inhabilitación especial igual al doble del tiempo que dure la reclusión.

En el cohecho pasivo propio se sanciona al funcionario que acepta regalos o beneficios, bien sea por la realización de un acto justo al que venía obligado por su cargo, o bien sin consideración a la posterior ejecución de ningún acto. Este precepto, señala la STS 1335/2001, de 19 de julio, «se refiere al funcionario corrupto que recibiere o admitiere dádiva o regalo en atención a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente».

La única acción penada en esta modalidad delictiva es «aceptar», por parte del funcionario o empleado público, un regalo o beneficio de cualquier clase por parte de quien tenga algún asunto sometido a su conocimiento. No se sanciona por el legislador, por muy reprochable que nos parezca, la petición por parte del funcionario de regalos o beneficios, sino sólo su aceptación. La STS de 17 de marzo de 1992 decía a este propósito:

La solicitud de dádiva por parte del funcionario cuando tiene por objeto ejecutar un acto constitutivo de delito [art. 361 del CP hondureño] o un acto injusto no constitutivo de delito [art. 362 del CP hondureño], o abstenerse de un acto debido [art. 363 del CP hondureño], es por sí misma delictiva, aunque luego esa solicitud no sea atendida; pero no es lo mismo cuando tiene por objeto la realización de un acto justo, o se hace simplemente por razón del cargo sin consideración a la posterior realización de ningún acto concreto relativo al ejercicio de la función pública de que se trate, pues en estos últimos supuestos [art. 365 del CP hondureño] sólo queda consumado el delito cuando el regalo efectivamente es admitido por el funcionario. Así lo impone el texto de la norma penal que, por respeto al principio de legalidad, no permite aplicaciones extensivas.

Parece que la sensibilidad actual de la sociedad ante estos hechos, más exigente con los funcionarios públicos en un Estado democrático, no está de acuerdo con tales impunidades.

También la STS 593/1995, de 29 de abril, apuntaba en esta línea lo siguiente:

En este artículo [art. 365 del CP hondureño] subsisten los fundamentos comunes de cualidad de funcionario, actividad relativa al ejercicio de su cargo y la aceptación de dádiva o regalo, pero en cuanto al resto de los elementos aparecen unos matices singularizados. En efecto, no basta solicitar sino que se exige haber admitido el presente; tampoco bastaría el ofrecimiento o promesa como es congruente en el anterior requisito sino la materialidad de la dádiva o regalo. Finalmente la acción sancionada puede ser de dos tipos: a) que el presente le sea ofrecido meramente en consideración

a su función o b) para la consecución de un acto no prohibido legalmente (como podría ser el recomendar o acelerar un trámite administrativo por ejemplo).

En este tipo lo que se salvaguarda es la apariencia objetiva de imparcialidad del funcionario. Y, por ello, en él se incardina la aceptación de cualquier dádiva, regalo o gratificación por parte de quien tenga asunto sometido al conocimiento del funcionario, incluso aquéllas que pudieran tener por finalidad la realización de un acto justo (como, por ejemplo, la aceleración de los trámites de un expediente, sin pretender que la resolución sea de un signo u otro). El funcionario, como se decía de la mujer del César, «no sólo ha de ser honrado, sino parecerlo». De ahí que la aceptación de lujosas cenas, vacaciones pagadas, etc., integren sin dificultad este tipo. Parece razonable extraerse del ámbito delictivo conductas socialmente admitidas e inanes o irrelevantes (piénsese, por ejemplo, en usos sociales tales como invitar a un café o a una cerveza, ofrecer tabaco o regalar una flor), aunque puedan ser censurables desde el punto de vista ético.

La aceptación tiene como objeto «un regalo o un beneficio de cualquier clase». El regalo o el beneficio deben ser efectivos; no basta con aceptar un mero ofrecimiento o promesa del mismo. No es necesario que tenga valor económico como ponen de relieve los términos «beneficio de cualquier clase».

Por lo demás, el artículo 365 cumple una importante función de recogida de aquellos supuestos de cohecho en los que resulta difícil demostrar que el regalo se ha aceptado como contraprestación por un acto realizado por el funcionario.

C) El cohecho pasivo de jueces

Un supuesto singular de cohecho pasivo es el del artículo 369 del Código Penal: *«El juez que acepte una dádiva, un presente, una promesa o un préstamo para dictar, demorar o abstenerse de dictar una providencia, resolución o fallo en cualquier asunto de que estuviere conociendo, será sancionado con reclusión de cinco (5) a siete (7) años, más inhabilitación absoluta por el doble del tiempo que dure la reclusión».*

1. *Acción típica.* La única acción aquí prevista es la de «aceptar» una dádiva, un presente, una promesa o un préstamo. La limitación típica de la acción es idéntica a la del artículo 365 para los funcionarios en general, siendo aquí de aplicación cuanto se dijo anteriormente al respecto.

No se puede aplicar este tipo cuando el juez «solicite» dádivas o presentes; en tal caso habrá que acudir a las tipologías de los artículos 361 y 362, en función de que la solicitud tenga como finalidad la ejecución de un acto constitutivo de delito, o

simplemente la realización de un acto injusto, aunque, teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 378 y siguientes del Código Penal, la contraprestación del soborno supondrá normalmente la comisión de un delito de prevaricación.

2. *Instrumento del soborno.* El soborno se materializa mediante una dádiva, un presente, una promesa o un préstamo. Los conceptos dádiva, presente y promesa han sido ya objeto de atención al tratar el instrumento del soborno en el cohecho pasivo propio. Sólo recordar que la promesa hay que referirla a una dádiva o a un presente futuro, de manera que no es preciso que la aceptación recaiga sobre un bien recibido. En cuanto al préstamo, no importa si éste es gratuito o a un interés bajo o alto, de una gran suma o de pequeña entidad.

3. *Finalidad de la acción.* La aceptación del soborno tiene como contraprestación dictar, demorar o abstenerse de dictar una providencia, resolución o fallo en cualquier asunto de que estuviere conociendo. Cuando se trate de dictar una resolución no se tiene en consideración el sentido de la misma (favorable o desfavorable para quien soborna al juez) ni tampoco si es justa o injusta, de manera que, según la literalidad del tipo, el mero hecho de aceptar una dádiva o un presente para dictar una resolución del signo que fuere, integrará este delito. Ello quiere decir que aceptar dinero simplemente para resolver un pleito atrasado y terminarlo (sin influir en el sentido de la resolución) es constitutivo de este delito.

La preposición «para» que une el instrumento del soborno con la contraprestación por el mismo, lleva a pensar que no es preciso que se produzca el resultado, sino que basta con que la aceptación de la dádiva, presente, promesa o préstamo lo sea con la finalidad indicada.

4. *Penalidad.* La pena aplicable es, en cualquier caso, la reclusión de 5 a 7 años y la inhabilitación absoluta por el doble de tiempo que dure la reclusión. No viene graduada según la gravedad del hecho-contraprestación del soborno (un hecho constitutivo de delito, un acto injusto no constitutivo de delito o la abstención respecto de un acto debido). Naturalmente, si la contraprestación por el soborno supone la comisión de algún delito (p. ej. prevaricación), responderá también de éste en régimen de concurso real teniendo en cuenta que si el precio es un elemento constitutivo del cohecho ya no podrá operar como agravante genérica de la prevaricación.

Con todo, el principio de proporcionalidad de las penas queda en entredicho pues, por muy reprochable que sea el hecho de que el juez demore unos días –por dinero– el dictado de una resolución, o falle –también a cambio de dinero– un asunto que estaba retrasado, no es comparable a que dicte una resolución –igualmente a cambio de dinero– cometiendo delito de prevaricación.

También se establece la misma pena para quien, siendo miembro de un órgano colegiado (p. ej. un Tribunal de Sentencia) vote en un determinado sentido gracias al cohecho; ello con independencia de que, pese al voto del corrupto, su postura no prospere al quedar en minoría en el Tribunal.

D) Cohecho activo

Se recoge en el artículo 366 del Código Penal:

Quien con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompa o intente corromper a un funcionario o empleado público, será sancionado con las mismas penas aplicables al cohecho pasivo, aumentadas en (2/3) dos tercios.

El cohecho activo es el reverso del cohecho pasivo propio de los artículos 361, 362 y 363; y, dudosamente, del impropio (art. 365 del CP). La doctrina española niega la aplicación del cohecho activo al cohecho pasivo impropio (Devesa, Muñoz Conde), singularmente porque en el cohecho activo se habla de «dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas», en los mismos términos que los preceptos relativos al cohecho pasivo propio, mientras que en el cohecho pasivo impropio se mencionan sólo los «regalos»⁽¹¹⁵⁾.

En la legislación hondureña hay argumentos en pro y en contra. Podría entenderse que el cohecho activo (art. 366) tiene también su campo de acción cuando simplemente alguien ofrezca un regalo o beneficio a quien tenga que resolver un asunto en el que aquél sea parte (cohecho activo del art. 365), aunque lo que se pretenda sea que dicte una resolución justa. En pro de este planteamiento cabe argumentar: a) que el artículo 366 se remite a las mismas penas aplicables «al cohecho pasivo» (sin distinción entre el propio y el impropio); y b) que los «regalos y beneficios de cualquier clase», a que alude el artículo 365, pueden perfectamente ser equiparables a las dádivas y presentes del artículo 366.

Pero también puede sostenerse que, al exigir el cohecho activo del artículo 366 que la finalidad de la acción típica sea «corromper o intentar corromper» a un funcionario, si la dádiva o presente se entrega para que se dicte una resolución justa,

(115) Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte especial*, 16.^a ed., Dykinson, 1993, pág. 1179, reconoce, que un regalo es también una dádiva o presente; ello no obstante, entiende que tiene mayor fuerza el argumento de la literalidad de la referencia a las mismas fórmulas que se usan para el cohecho activo, en las formas descritas en los artículos relativos al cohecho pasivo propio.

no hay finalidad de corrupción. Y ello con independencia de que, el funcionario sea un corrupto tanto cuando acepta dinero u otro beneficio para hacer algo injusto como cuando lo acepta para hacer algo justo. La cuestión es que, quien con dádivas o presentes intenta que el funcionario dicte una resolución justa no le intenta corromper, aunque, si el funcionario la acepta, sí se corrompe. La cuestión es, como se ve, difícil de sentar con rotundidad.

Dice la STS de 30 de junio de 1982, en lo que respecta al cohecho activo, que son requisitos del mismo:

1.º Un hecho de ofrecer o entregar a un funcionario público dádivas o presentes, o formularle, con aceptación o sin ella, ofrecimientos o promesas.

2.º Las dádivas o presentes, los ofrecimientos o promesas, deberán tender a corromper al funcionario con el fin de que éste realice un acto injusto, delictivo o no, o se abstenga de realizar un acto que debería practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo. Se trata pues de un delito contra la integridad de la gestión administrativa al dejarse llevar, el funcionario, por móviles ajenos a su misión pública como lo es el lucro ilícito, y, por su parte, el particular ataca al bien jurídico consistente en el respeto que se debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado.

Sujeto de este delito puede ser cualquiera. La acción es «corromper o intentar corromper», de manera que no es necesaria la aceptación para que el delito se consuma. Es éste un delito de resultado cortado, consumándose con el mero ofrecimiento de la dádiva. Dice la STS 581/2005, de 6 de mayo, que, para este tipo de cohecho «basta el ofrecimiento de dádiva, aunque fuera sin precisión de cuantía».

Si el cohecho tiene por objeto la realización de un acto delictivo por parte del funcionario, el particular responderá, además de como autor de un delito de cohecho, como partícipe de aquel otro delito, siempre que sea consciente del carácter delictivo del acto al que induce. Desde luego, si es el particular de quien ha partido la iniciativa del cohecho, responderá como inductor del delito cometido por el funcionario en razón de la dádiva o promesa. Si es el funcionario quien solicita la dádiva para cometer un delito y el particular acepta pagar el soborno, no habrá inducción por parte de este último (Devesa), pero sí podrá considerarse al particular aceptante de la solicitud del funcionario como partícipe por cooperación (cooperador necesario) en el acto delictivo objeto de cohecho (Muñoz Conde).

E) Decomiso

Las dádivas o presentes que hayan servido de instrumento para el soborno

serán decomisados y entregados públicamente a la corporación municipal que tenga jurisdicción en el lugar en que se cometió el delito para obras de interés social (art. 368).

2. TRÁFICO DE INFLUENCIAS

El Capítulo V-A aparece sin rúbrica. En él se regulan una serie de supuestos que, siendo enmarcables en la órbita de la lucha contra la corrupción, no reúnen los requisitos y la naturaleza atribuida tradicionalmente al delito de cohecho. En España, estas figuras delictivas recogidas en los artículos 369-A a 369-D del Código Penal hondureño, aparecen englobadas con una redacción prácticamente igual en el Capítulo rubricado «Del tráfico de influencias».

A) Influencia ejercida por funcionario

El artículo 369-A del Código Penal dispone:

El funcionario o empleado público que influya en otro funcionario o empleado público prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o empleado para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de reclusión de cuatro (4) a siete (7) años, más una multa de cien mil (L. 100,000.00) a ciento cincuenta mil lempiras (L. 150,000.00) e inhabilitación absoluta por el doble tiempo que dure la reclusión. Si obtiene el beneficio perseguido, la reclusión será de seis (6) a nueve (9) años, la multa igual al doble del beneficio obtenido y la inhabilitación de cinco (5) a ocho (8) años.

Los elementos que constituyen este delito son los siguientes:

1. Que el autor sea autoridad o funcionario público.
2. Que el sujeto actúe con el propósito de conseguir directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.
3. Que para lograrlo influya en otra autoridad o funcionario público prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad.

a) *Sujetos.* Sujeto activo sólo puede serlo un funcionario o empleado público, en el amplio sentido del artículo 393 del Código Penal. Se trata de un delito especial

impropio, ya que la misma conducta, realizada por un particular, es penada como delito en el artículo siguiente. La influencia ha de proyectarse sobre otro funcionario o empleado público, que será el sujeto pasivo del delito. Este último, a su vez, puede llegar a ser sujeto activo de un delito de prevaricación o de algún otro, como efecto de la resolución que dicte.

b) Conducta típica. 1. El núcleo de la acción consiste en «influir», lo cual significa según el Diccionario de la Real Academia «ejercer una persona o cosa predominio, o fuerza moral». La STS 1312/1994, de 24 de junio, define la «influencia» como «la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser una autoridad o funcionario, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de superioridad, lo que un sector de la doctrina científica ha llamado ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio del cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión».

2. La excesiva amplitud semántica del término «influir», que puede chocar con el carácter fragmentario y de última *ratio* del Derecho Penal, ha llevado a la doctrina a fijar su atención en el concepto de *prevalimiento* que se incorpora a la definición del tipo. Así las cosas, no se castiga aquí la simple influencia, sin más; no se penaliza la recomendación, práctica habitual que, por inmoral y rechazable que parezca, no afecta directamente o no tiene por qué afectar a la decisión que se adopte (Muñoz Conde). Lo que este precepto sanciona es «influir» «prevaliéndose», esto es, abusando de una situación de superioridad originada por cualquier causa. La combinación de los términos «influir prevaliéndose», restringe el campo de acción típica, de manera que distingue la simple influencia (atípica) de la influencia con prevalimiento (constitutiva de delito).

La STS 537/2002, de 5 de abril, nos dice:

El término «influir» –ejercer predominio o fuerza moral– resulta excesivamente amplio, por lo que se ha completado con el de «prevalerse», en el que el legislador incluye el ejercicio de las facultades del cargo y las relaciones personales y jerárquicas.

Señala la doctrina que si bien en principio parece puede tomarse en consideración cualquier relación familiar, afectiva o amistosa, dado que el «prevalimiento» es empleado como elemento diferenciador de la simple influencia atípica, debe darse al mismo una interpretación restrictiva, en cuanto supone un verdadero ataque a la libertad del funcionario o de la autoridad que tiene que adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo. Citándose como casos concretos de ello el chantaje moral, las relaciones amorosas serias o las perspectivas futuras en la carrera profesional o política, como puede ser en los cargos de elección pública el temor a ser eliminado de las listas electorales en próximas convocatorias.

En definitiva, la resolución debe ser objetivamente imputable a la presión ejercida, en el sentido

de que no se hubiera producido sin tal influencia.

Desde luego, la influencia concretada en el ofrecimiento o entrega de una dádiva no sería tráfico de influencias, sino cohecho. Los delitos de tráfico de influencias (cohecho por prevalimiento) sirven a modo de «tipo de recogida» para aquellos casos en los que no se puede probar el ofrecimiento de una contraprestación, pero sí la «influencia» y el «prevalimiento».

3. El prevalimiento puede derivar del propio cargo que ejerce el sujeto activo (superioridad jerárquica o política respecto al funcionario sobre el que se influye); o de una relación personal (familiar, afectiva o amistosa).

— Prevalimiento derivado del ejercicio de las «facultades de su cargo». La distinción de estos términos respecto del concepto de *competencia* y de *acto propio del cargo* nos permite distinguir este delito (tráfico de influencias) de la prevaricación y del cohecho. En el delito que ahora tratamos no se contempla la adopción de resoluciones propias del sujeto activo, dentro de su ámbito competencial. Si la capacidad de determinar la conducta de otro funcionario forma parte de las propias competencias (dictando una orden o instrucción, elaborando un informe o una propuesta de resolución), la conducta de quien así abusa del ejercicio de las facultades de su cargo no deriva de la «influencia» que ejerce en el otro, sino de la injusticia o ilegalidad de su propio acto. En la prevaricación y en el cohecho, el funcionario corrompe el *interior* de su propia parcela de poder, en tanto que en el tráfico de influencias se vale de las ventajas de su cargo para incidir en el ejercicio de competencias ajenas, manipulando y corrompiendo la esfera de poder de otro.

— Prevalimiento derivado de una relación personal. Una de las conductas descritas en el tipo es la siguiente: se castiga «*al funcionario o empleado público que influya en otro (...) prevaleándose (...) de cualquier (...) situación derivada de su relación personal (...) con éste o con otro funcionario o empleado*».

Es importante reseñar que, en este caso, el autor del delito no abusa ni de las facultades de su cargo ni de su relación jerárquica con otro funcionario. Es, simplemente, su condición funcional y la de la persona sobre la que influye, lo que determina la aplicación de este tipo. Pensemos en el siguiente caso: el funcionario de un ayuntamiento que, prevaleándose exclusivamente de su posición dominante en la relación paternofamiliar, presiona a su hijo, Alcalde de otro ayuntamiento, para que adjudique un contrato millonario a un amigo suyo.

Desde una interpretación literal, la conducta encajaría en el tipo del artículo 369-A, exigiendo al funcionario un modelo de conducta, ajustado a la integridad y probidad incluso en sus relaciones privadas, que conllevaría un mayor rigor punitivo

(inhabilitación especial) que si esa misma conducta la llevase a cabo un no funcionario. Pero también puede hacerse una interpretación menos rigorista, más atenta a la teleología de la norma y a la proporcionalidad entre la pena y el desvalor de la acción, entendiendo que sólo será de aplicación el artículo 369-A cuando la relación personal de la que surja la posición prevalente «tenga su origen o se desarrolle» en el marco, en torno o a partir de la condición funcional de ambos sujetos; aceptando que en otro caso, como en el ejemplo antes expuestos, se debería acudir al tipo común del artículo 369-B y resolver el caso como si de la actuación de un particular se tratase.

4. La *resolución* que persigue el sujeto activo es otro de los elementos del tipo. El que la resolución sea justa o injusta no tiene reflejo expreso en el tipo; aunque, como no tendría mucho sentido incriminar la influencia sobre otro funcionario para que resuelva justamente, parece exigible que la resolución perseguida sea, al menos, *desviada*. Si se considera impune la conducta de quien ofrece una dádiva o presente para que se dicte una resolución justa (como reverso del cohecho pasivo impropio), con mayor razón debería considerarse impune la actuación de quien presiona psicológicamente desde una posición de superioridad para obtener algo a lo que tiene derecho o que es conforme con el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Supremo español ha señalado al respecto, en su sentencia 537/2002, de 5 de abril, que «algún sector de la doctrina añade que la decisión que se adopte debe ser injusta, requisito que no aparece recogido en los preceptos penales examinados». La STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998\1986) lo que exige es solamente que la decisión sea parcial o no del todo imparcial; lo que resulta conforme con la postura que estima que si la resolución fuera delictiva o injusta, estaríamos además ante un delito de prevaricación o, en su caso, de cohecho, a sancionar como concurso de delitos en relación de medio a fin (ver STS 1312/1994, de 24 de junio [RJ 1994\5031]).

5. El Código no se refiere al contenido de la resolución que se intenta obtener; pero sí a sus posibles efectos: «*que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza para sí o para un tercero*».

El beneficio económico no es un resultado exigido por el tipo para su consumación. El legislador adelanta el marco de protección a la zona de peligro, de manera que la obtención de una «resolución que le genere un beneficio» opera como parte del elemento subjetivo del injusto, pero no como elemento de un tipo de resultado. La obtención del beneficio sí opera, sin embargo, como elemento de agravación de la pena.

6. No cabe la comisión por omisión. No es posible rellenar el verbo nuclear del

tipo penal, «influir», con una conducta negativa. La STS 480/2004, de 7 de abril, se ha pronunciado al respecto diciendo:

[...] entre los requisitos del tráfico de influencias, además de la condición de funcionario público del autor y del destinatario de la influencia, y de la finalidad de obtención de un beneficio económico, propio o de tercero, ha de concurrir un acto concluyente que rellene el tipo penal, esto es, que se ejerza predominio o fuerza moral sobre el sujeto pasivo de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida (SSTS 29 de octubre de 2001 [RJ 2001\9758] y 5 de abril de 2002 [RJ 2002\4267]). Debiéndose añadir que el hecho ha de afectar al principio de imparcialidad de la administración pública (STS 15 de febrero de 2000 [RJ 2000\1135]). Ese acto concluyente de prevalimiento es difícil que concorra con la omisión de un dato.

El acto de influir no puede ser equiparado, como afirma la acusación particular, a una alteración del proceso de resolución y sí a la utilización de procedimientos capaces de conseguir que otro realice la voluntad de quien influye. La utilización conjunta de los términos influir y prevalimiento, nos indica que no basta la mera sugerencia sino que éste ha de ser realizada por quien ostenta una determinada situación de ascendencia y que el influjo tenga entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quien influye.

B) Influencia ejercida por particular

El artículo 369-B del CP dispone:

El particular que influya en un funcionario o empleado público prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario o empleado público para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza para sí o para un tercero, será sancionado, según los casos, con las penas de reclusión y multa establecidas en el artículo anterior.

En este precepto se castiga idéntica conducta a la tipificada en el artículo 369-A; si bien, ahora el sujeto activo es un particular. Este es un delito común frente al especial impropio del artículo precedente. Los elementos típicos se adaptan a la condición de no funcionario del sujeto activo, eliminando las referencias a la relación jerárquica o a las facultades del cargo. Se debe señalar, por último, la posibilidad –ya apuntada al comentar el anterior precepto– de reconducir a este tipo las conductas de funcionarios cuando la influencia ejercida nada tiene que ver con su condición de tales, sino con relaciones personales ajenas por completo a la misma. La cuestión no es baladí, pues está en juego la pena de inhabilitación (sólo prevista, como es natural, para las conductas tipificadas en el artículo 369-A).

C) Ofrecimiento de influencias

En el artículo 369-C del Código Penal se tipifica el ofrecimiento de influencias en los siguientes términos:

Los que ofreciéndose para realizar las conductas descritas en los artículos anteriores soliciten de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o gratificación, o acepten ofrecimiento o promesa, serán sancionados con la pena de reclusión de tres (3) a seis (6) años más una multa de cincuenta mil (L. 50,000.00) a cien mil lempiras (L. 100,000.00).

Este es, en realidad, el único precepto en el que se pena el tráfico o comercio de influencias, ya que en los artículos 369-A y 369-B se tipifica el ejercicio de influencia.

El sujeto activo en este tipo no es funcionario ni compromete con sus actuaciones a los poderes públicos. Es difícil ver aquí protegido el bien jurídico común en los delitos contra la Administración pública, consistente en su imparcialidad y eficacia, preservándola frente a aquellos atentados que perturben el correcto ejercicio de la función pública. El hecho de que alguien presuma, afirmando que tiene influencias para torcer la voluntad de los servidores públicos, y ofrezca sus servicios a tal fin, pidiendo u obteniendo una retribución, no compromete ni pone en riesgo la imparcialidad y eficacia de la Administración, ni supone la corrupción de funcionario alguno. Es más, si tenemos presente que la consumación del delito tiene lugar en el mismo momento en que el sujeto solicita la dádiva o presente a cambio de ejercer influencias –con independencia de que finalmente se ejerzan sobre algún funcionario o empleado público–, mal podrá entonces verse afectada la imparcialidad u objetividad de este último.

Se diría que el legislador adelanta la protección de la Administración a «su buen nombre» o a su «prestigio», haya sido o no perturbada en su adecuado funcionamiento. No en vano se ha dicho que el ofrecimiento de influencias se presenta como un delito próximo a un acto preparatorio, como un delito de peligro abstracto (Orts).

La acción consiste en solicitar «dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o gratificación, o aceptar el ofrecimiento o promesa», ofreciendo como contraprestación, influir en un funcionario o empleado público para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza. La acción se construye como la del cohecho, de manera que nos remitimos a dicho al tratar ese delito. No se penaliza la conducta de quien promete o entrega la dádiva o el presente.

En cuanto a la contraprestación ofrecida (cuyo contenido es el mismo que el de la conducta de los artículos precedentes: 369-A y 369-B), se plantea en la doctrina la

necesidad o no de que sea real, o sea, de que el sujeto activo esté realmente en condiciones de cumplir su ofrecimiento. Hay quienes sostienen que es indiferente la posibilidad real o no de cumplir tal ofrecimiento, lo que se castiga es el «alarde» que el sujeto hace sobre sus posibilidades de influir sobre la conducta de un funcionario (Queralt). Basta negociar o vender la manipulación que el sujeto activo dice poder realizar sobre la imparcialidad de un funcionario o empleado público para que se ponga en entredicho el buen nombre y prestigio de la Administración (que es el bien que parece ser el concretamente protegido por este precepto). La simple verosimilitud de la oferta sería suficiente para menoscabar y hacer mella en el aludido bien jurídico.

Otro sector doctrinal estima que, si el sujeto activo no tiene las influencias que se ofrece a ejercitar, podría haber una estafa, pero no un tráfico de aquéllas (Orts). Sin embargo, me parece más acertada la primera de las posiciones por las siguientes razones:

1) Si el bien jurídico es, como hemos apuntado, el «buen nombre» de la Administración, éste se ve menoscabado tanto si el tráfico de influencias tiene un objeto real como si no.

2) La mera desacreditación verbal del prestigio de o la integridad aparente de la Administración se produce, en su mayor intensidad, mediante el ofrecimiento de vender influencias (las tenga o no el sujeto activo). Si, además de vender las influencias, el sujeto las ejerce, se produciría el salto al tipo del artículo 369-B, ya que no existe una zona intermedia de tipicidad entre ese mero descrédito, sin consecuencias, y la conducta realizada de influir.

3) El delito se consuma con la mera oferta, con independencia del resultado; la obtención del resultado, como ya se ha dicho, hace inaplicable este tipo y aplicable el artículo 369-B. Estamos ante un tipo de mera actividad, por lo que no parece razonable condicionar la aplicación del mismo a la posibilidad real de obtener el resultado.

Por último, se establecen en el párrafo segundo del artículo 369-C las consecuencias accesorias del delito: *«En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo la autoridad judicial impondrá también la suspensión de las actividades de la persona natural o jurídica, organización o despacho y la clausura de sus establecimientos u oficinas abiertos al público por un término de dos (2) a cuatro (4) años».*

Como disposición común, el artículo 369-D prevé el decomiso de las dádivas, presentes, comisiones y regalos, en los casos previstos en este capítulo y en el anterior» (reiterando así lo ya dicho en el art. 368).

3. MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Se tipifica en el capítulo VI del Título XIII (arts. 370 a 373-A) del Código Penal. Suele distinguirse entre la malversación propia (llevada a cabo por un funcionario respecto de caudales públicos propiamente dichos) y malversación impropia (la del art. 373-A del CP).

A) El bien jurídico protegido

a) *Malversación propia*

El Estado, para prestar los servicios públicos a que viene obligado, requiere de un sustrato patrimonial, necesitando, a su vez, de unos empleados públicos que atiendan aquellos servicios, recaudando los fondos, custodiando los caudales, haciendo los pagos y, en definitiva, administrando en su nombre la fortuna de todos. Estos funcionarios o empleados públicos tienen la obligación de fidelidad y de probidad para con la Administración que ha depositado su confianza en ellos, debiéndose prever y tipificar los abusos de esos empleados caso de transgredir aquella relación de confianza, pero la infracción de la obligación no es el valor que el legislador quiere proteger con la tipificación de la conducta del funcionario desleal. La STS 1875/2000, de 1 de diciembre, señala que el bien jurídico protegido mediante la punición de esta conducta, «no es sólo la indemnidad del patrimonio público sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios».

De la simple lectura de los artículos 370 y ss. del Código Penal se desprende que lo que se tipifica es la infracción del deber del funcionario. Pero el delito se presenta, a la vez, como lesión de un deber y como lesión de un bien jurídico. En este caso, el valor que protege el legislador con la tipificación de las distintas conductas del funcionario que no cumple con su deber, es el erario público, además de la confianza de los ciudadanos en el manejo de los fondos destinados a los servicios que prestan los poderes públicos.

La conservación del erario público es clara en la figura del artículo 370, que castiga con severas penas la conducta dolosa, bien por acción, bien por omisión, del funcionario que tiene los bienes a su cargo o disposición.

La conservación del erario y la prestación del servicio también se trasluce de la tipificación de la conducta del funcionario que aplica a otros fines públicos los caudales que administrare (art. 372 del CP). Ha de tenerse en cuenta que las

diversas partidas destinadas a la prestación de los distintos servicios públicos están específicamente determinadas por las Leyes Presupuestarias, distribuyéndose los fondos según las previsiones que para cada período se consideran necesarios para la correcta prestación del servicio, no pudiendo el funcionario aplicar a su arbitrio (sin la debida autorización legal) y sin sujeción al presupuesto, los fondos que administre; de lo contrario, el servicio podría verse mermado en algún caso, o puesto en peligro en otro, según la distinción por el resultado que el propio precepto recoge.

Igualmente aquel bien jurídico surge en el tipo del artículo 373 del CP. Se castiga aquí la conducta del funcionario que faltando a su deber retiene indebidamente fondos del Estado o una cosa puesta bajo su custodia. En tales casos se ve afectado el servicio público que debe ser prestado, poniendo en peligro, incluso, el erario público, puesto que con su actuación el funcionario podría menoscabar aquél por la vía de la responsabilidad civil del Estado.

b) Malversación impropia

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha declarado, respecto de la malversación impropia del artículo 373-A del CP, que el bien jurídico protegido en este delito es «la violación por el depositario del deber estricto de probidad y lealtad que dicha relación de servicio ocasional le impone el manejo de los bienes confiados» (SSTS de 21 de julio de 1987 y 16 de abril de 1990). Pero, puede también mantenerse que el bien jurídico protegido es la conservación del erario público, pues –como señala Suárez Montes– «de una parte, la función jurídico-social que desempeña el depositario o administrador de bienes embargados, secuestrados o depositados, no difiere sustancialmente de la función pública propia de un funcionario; de otra, el derecho penal, vinculado siempre a la realidad, no tiene porqué supeditar sus conceptos a los que rigen en el orden administrativo», añadiendo que «la constitución del embargo y depósito de bienes por autoridad pública confiere al depositario para tales efectos la consideración de funcionario público y a los bienes hasta entonces de propiedad particular la condición de caudales públicos». Así pues, a través de esa doble ficción, también el bien jurídico objeto de protección es el servicio público que debe prestarse cuando la autoridad judicial o administrativa acuerdan el depósito o embargo de determinados bienes privados, participando los particulares, que ostentan la cualidad descrita en la norma, de la función pública, con las consecuencias a ella inherentes, y asimilándose los bienes privados a los caudales de aquella naturaleza.

B) El sujeto de la acción

a) Malversación propia

Es el funcionario público que tenga una determinada relación con los caudales públicos. El concepto de funcionario, a los efectos penales nos lo brinda el artículo 393 del Código Penal. Para todos los efectos de este Código, se reputará funcionario o empleado público a toda persona natural que, por disposición de la ley o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas o desempeñe un cargo o empleo público. Se reputarán también funcionarios públicos a los alcaldes y regidores municipales. Como declara la STS de 27 de septiembre de 1991, «se es funcionario público a los efectos penales si, primero, se participa del ejercicio de funciones públicas y, segundo, si tal actividad se ejercita bien por disposición inmediata de la Ley, bien por elección, bien por nombramiento de autoridad competente».

Pueden ser sujetos activos del delito de malversación los funcionarios de carrera, los de empleo y los de hecho (aquellos que nombrados o elegidos legítimamente no reúnen las condiciones necesarias para ello, que se les considera funcionarios en tanto no se ponga término a la anómala situación). La cualidad de funcionario la determina la incorporación a la actividad mediante las fuentes que establece el artículo 393 (que pueden reducirse a una: por disposición legal, por cuanto la elección o el nombramiento tiene que basarse en una ley que los determine), y la participación en la función pública –que es la llevada a cabo por un ente público–, mediante actos sometidos al Derecho Público que persiguen un fin público.

b) Malversación impropia

El artículo 373-A del Código Penal supone una anomalía respecto de lo anteriormente expuesto porque, en el supuesto de la malversación impropia recogido en el citado artículo, a ciertos particulares se les asimila a los funcionarios públicos, por la cualidad o condición que ostentan respecto de determinados bienes, distinguiéndose dos supuestos:

1) Los encargados por cualquier concepto del manejo de fondos, rentas o efectos departamentales o municipales o que pertenezcan a una institución educativa o de beneficencia. Este supuesto genera menor problemática que el siguiente, dado que los fondos provinciales y municipales tienen un destino público, al igual que los establecimientos de instrucción o beneficencia, por lo que el particular participa de la función pública.

2) Los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por una autoridad pública aunque pertenezcan a particulares. Este caso ha sido el más tratado por la jurisprudencia, de la que se extrae una abundante casuística. El Tribunal Supremo, ha declarado reiteradamente, por ejemplo en la sentencia de 16 de marzo de 1993, que «se equiparan los depositarios o administradores de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad, al funcionario público, en tanto no sean formalmente relevados, asimilación temporal o episódica, pero no por ello menos firme, en cuanto concierne a deberes y obligaciones impuestas por razón de la relación de servicio ocasional constituida; relación fundamentada en la confianza que particularmente pudiesen inspirar aquellos, a la que sobreponen, además de las obligaciones características de todo depositario contempladas en el Código Civil los especiales deberes de probidad, integridad, fidelidad, lealtad, respeto u obediencia inherentes a la encomienda de cualquier función pública».

Puede ser sujeto de la acción, incluso, el particular respecto de sus propios bienes embargados, cuando haya sido nombrado depositario de los mismos.

Debe añadirse, dada la cualidad de funcionario público exigida como elemento constitutivo de los tipos de la malversación, que el sujeto de la acción deberá ser mayor de edad (mayoría de edad civil exigida para el desempeño de cualquier función pública). Nunca podrá, por tanto, apreciarse en este delito la atenuante de minoría de edad.

No obstante, y a propósito del artículo 373-A, podría plantearse en la práctica un supuesto interesante: el del depositario de los bienes embargados que, en el momento de la constitución fuera mayor de edad penal, pero no civil, y que en el momento de remoción del cargo hubiera, ya, alcanzado esta mayoría. El supuesto fue resuelto en la STS de 31 de octubre de 1988. Partiendo de que el depósito debe estar válidamente constituido, el Alto Tribunal declaró que el depositario judicial tiene una tarea funcional pública por delegación judicial, por lo que se le debe considerar un partícipe de la función pública, implicando que debe realizar actos públicos, requiriéndose, en consecuencia, la mayoría de edad civil en el momento de la aceptación del cargo; faltando este requisito no puede ser considerado autor del delito del artículo 373-A, por carecer de la cualificación jurídica requerida por el tipo.

C) El objeto de la acción: concepto y contenido de la expresión caudales públicos

El objeto de la acción son los caudales públicos.

a) Caudales

Por «caudal» se entiende todo objeto u efecto, bien mueble, dinero y valores negociables, que posean un valor económico apreciable, aunque no sea actual (Orts Berenguer, Suárez Montes, Rodríguez Devesa, Muñoz Conde).

De este concepto se desprende que los bienes deberán ser muebles, dado que, además, las conductas típicas (de apropiación, de distracción, de retención), sólo son concebibles en el caso de bienes de aquella naturaleza. Ello no obstante, la jurisprudencia ha aceptado en alguna ocasión un concepto más amplio, que podría comprender los bienes inmuebles. En este sentido, la STS de 2 de marzo de 1973 afirmó que el caudal «esta integrado por todo capital, hacienda, patrimonio, fondo o cosa o bien de cualquier condición, fungible o no, y susceptibles de apreciación económica o valor»; y la STS de 27 de septiembre de 1991, declara: «caudales o efectos públicos en el sentido de bienes susceptibles de apreciación económica, si bien este elemento constitutivo del tipo, se ha prestado a múltiples interpretaciones precisamente por la amplitud con que tal expresión puede ser concebida».

b) Públicos

Los caudales, además, deben ser «públicos» porque, necesariamente, tienen que pertenecer a la Administración y estar destinados a una finalidad pública.

El problema más importante reside en determinar el momento en que los caudales «adquieren» la condición de públicos. ¿Será necesario que ingresen formalmente en el inventario de bienes públicos o basta con que estén destinados a ingresar en los fondos que tienen tal carácter?

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que aquel momento es el de la percepción de los bienes por funcionario legitimado, sin que se precise su efectiva incorporación al erario público. La Administración, como persona jurídica que es, actúa a través de personas físicas; éstas, cuando reciben las cantidades o efectos, no lo hacen para sí, sino que son meros servidores de la posesión actuando como instrumentos perceptores y transmisores. Entre otras muchas, la STS de 6 de junio de 1986 se pronuncia en este sentido:

Los caudales o efectos han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por el funcionario legitimado al efecto, sin que se precise su efectiva incorporación al erario público, siempre subordinada a trámites dilatorios, al actuar el Estado u organismo público a través de la persona encargada para ello que, como mandatario del ente jurídico y mero servidor de la posesión, es simple instrumento perceptor y transmisor,

suponiéndose integrados los bienes en el patrimonio público a partir de que aquélla se hiciera cargo de los mismos.

Lo anterior significa que los caudales cobran naturaleza pública en cualquiera de los siguientes momentos (STS 1486/1988, de 26 de noviembre):

- a) Cuando de un modo efectivo e inmediato se incorporan al patrimonio público, tras el cumplimiento de las formalidades precisas.
- b) Cuando percibidos por el funcionario legitimado surge en la Administración el derecho expectante a su entrega y al real ingreso en las arcas públicas.

D) Relación entre el funcionario y los caudales

Como ya se ha dicho el sujeto de la acción es el funcionario público que tenga una determinada relación con los caudales; relación que será diferente dependiendo del tipo penal de que se trate (haberlos percibido o tenerlos en administración o en custodia: art. 370; ser su administrador: art. 372; ser su tenedor: art. 373).

El artículo 370 del Código Penal exige que el funcionario haya percibido los caudales o los tenga bajo su administración o custodia «por razón de su cargo» o intervenga en dichos actos (los de percepción, administración o custodia) «por cualquier causa». El deber de conservación de los caudales no se limita solo aquéllos que perciba o custodie en virtud de una competencia específica, sino que se extiende a aquellos otros sobre los que tenga un simple poder de hecho o sobre los que pueda apropiarse por desviación de sus atribuciones administrativas. El Código Penal hondureño opta, así, por una interpretación amplia de la relación del funcionario con los caudales malversados: castiga al funcionario público que, aun sin habersele confiado los caudales por razón de su cargo, «interviene por cualquier causa» en la administración, percepción o custodia de los mismos. Esta ha sido también la tesis del Tribunal Supremo español, como puede verse, a título de ejemplo, en la STS 1875/2000, de 1 de diciembre:

[...] no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezcan o al servicio al que figure adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público.

Quedan así comprendidos en el ámbito de la norma tanto quienes tienen encomendada la responsabilidad gestora como aquellos otros anejos a los mismos, auxiliares o colaboradores con posibilidad fáctica de acceso a los fondos públicos (STS de 6 de junio de 1986). De ahí que no sea imprescindible que el sujeto tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia que las disposiciones

adjudiquen al cuerpo administrativo a que pertenezca, sino que basta con que aquellos caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto (STS de 5 de febrero de 1993).

En otras palabras, como expresa la STS 1237/1993, de 27 de mayo, «basta que tenga (el funcionario) la posibilidad de la disposición de los caudales públicos, sea en virtud de la función atribuida al puesto que desempeña en la estructura administrativa del ente público, sea a causa de una situación de hecho derivada del uso o práctica administrativa dentro de aquella estructura».

Esta doctrina⁽¹¹⁶⁾ se complementa con otros pronunciamientos del Alto Tribunal, afirmando que el elemento examinado (vinculación funcionario-caudales) solo exige «una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal de que, en el primer caso, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material» (STS 1103/1992, de 14 de mayo; 98/1995, de 1 de febrero y 1875/2000, de 1 de diciembre).

Puede asimismo decirse que el tipo del artículo 370 del CP hondureño «abarca tanto aquellos supuestos en los que al funcionario le está atribuida la tenencia directa y material de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos» (SSTS 779/1998, de 5 de junio y 1875/2000, de 1 de diciembre)⁽¹¹⁷⁾. Y, según señala la STS 1368/1999, de 5 de octubre, «tener a su cargo significa, no sólo

(116) Que ya la expuso el Alto Tribunal en las añejas sentencias de 17 de enero de 1966, 23 de diciembre de 1967, 20 de octubre de 1970, 30 de enero de 1984, 29 de febrero de 1988, 26 de junio de 1989 y en otras muchas.

(117) En el caso tratado por la STS 779/1998, de 5 de junio, el coacusado, funcionario del Instituto Nacional de Empleo (INEM), introdujo en uno de los ordenadores puesto a su disposición, las órdenes precisas para generar unas prestaciones de desempleo inexistentes que, tras la elaboración de las correspondientes tarjetas de demanda de empleo, permitió a la otra coacusada percibir prestaciones dinerarias indebidas. Existió, pues, disposición sobre caudales públicos con ocasión del ejercicio de sus funciones como funcionario público, caudales que llegaron a poder de la coacusada y de él mismo.

Muy similar es el asunto de la STS 1875/2000, de 1 de diciembre. También un funcionario del INEM, mediante la confección de nóminas y expedición de recibos para el cobro de unas prestaciones indebidas, realizaba actos dispositivos en el ejercicio de la competencia que le había sido asignada dentro del organismo público en que prestaba servicios. Aunque al acusado no se le había encomendado la custodia material del dinero que sustrajo, sin duda alguna, tenía competencia para confeccionar las nóminas, ocasión para incluir en ellas nombres de personas que no tenían derecho a percibir el subsidio de desempleo y posibilidad, en consecuencia, de disponer, en beneficio de terceros y del suyo propio, de caudales públicos como efectivamente hizo.

responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones»⁽¹¹⁸⁾.

E) Las conductas típicas

Es destacable la gran variedad de conductas típicas que comprende la malversación de caudales públicos. Se recogen conductas dolosas, culposas, de acción, de omisión, de distracción, de retención, las cuales pueden ser clasificadas desde distintos puntos de vista.

Suárez Montes distingue entre conductas de apropiación (arts. 370) con su versión culposa (art. 371), conductas de distracción (arts. 372) y conductas de retención (art. 373); integrando todas ellas el artículo 373-A del Código Penal. También se puede diferenciar, como hace Muñoz Conde, entre aquellas conductas que comprende la denominada malversación propia (arts. 370 a 373 del CP), subdividiéndolas con el mismo criterio que Suárez Montes, y la malversación impropia (art. 373-A).

a) Apropiación dolosa (art. 370 del CP)

«Apropiarse» equivale a «sustraer» (STS 537/2002, de 5 de abril). Y

(118) Explica esta sentencia que se han superado los viejos tiempos en los que cada dependencia administrativa, custodiaba físicamente los fondos en un lugar –caja fuerte, cajón–, donde se guardaban. El sistema, bastante rudimentario, hacía que algunos funcionarios fuesen los custodios materiales de estos fondos y los responsables de las entradas y salidas. Los demás funcionarios, que no tenían esa función, si accedían y se apoderaban de los fondos, podían cometer un delito contra la propiedad con la agravante de prevalimiento de funciones públicas, si se había aprovechado de esta circunstancia, pero no se les consideraba autores de una malversación de caudales públicos.

Los sistemas de caja de la Administración Pública moderna han prescindido de estos ancestrales métodos y lo fundamental, respecto de los caudales o fondos públicos, es la facultad o poder de disponer de las diferentes partidas de que se compone el presupuesto de una corporación pública. Resultaría absurdo, desproporcionado y aberrante, desde el punto de vista de una política criminal coherente, y desde la perspectiva del bien jurídico protegido (el ordenado, leal y normal funcionamiento de la Administración Pública) que resultarían beneficiados los rectores y dirigentes políticos de la Administración Pública, frente a los funcionarios de rango inferior que desempeñan funciones secundarias y subordinadas.

El funcionario, en sentido amplio, que tiene capacidad de gestión y gasto, responde del destino de los fondos públicos de que dispone y si emplea esas facultades para desviar los caudales hacia su propio peculio, comete incuestionablemente un delito de malversación de caudales públicos.

«sustraer» ha de entenderse en el sentido amplio de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos del servicio, para hacerlos propios (STS 93/1996, de 31 de enero)⁽¹¹⁹⁾. Concretamente se precisa la intención o ánimo de aprehensión, *animus rem sibi habendi*, con carácter definitivo (STS 812/1999, de 14 de mayo). No en vano, «apropiar» tiene como una de sus acepciones en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua de «tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueño de ella». Ahora bien, «el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización del tipo de los delitos de apropiación. En particular, el delito de malversación es claro que no puede ser de otra manera, dado que el tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos» (STS 201/2005, de 14 de febrero).

Se exige para su comisión el dolo, bastando que el sujeto de la acción tenga conocimiento de la cualidad de los caudales y la voluntad de apropiárselos. «La sustracción requiere siempre que el autor tenga el propósito de desapoderar al titular del patrimonio administrado en forma definitiva (al menos en la forma de dolo eventual)» (STS 310/2003, de 7 de marzo). Por lo demás, la tipicidad de la malversación no depende del destino dado del dinero, sino de la producción del daño patrimonial mediante la disposición antijurídica (STS 310/2003, de 7 de marzo).

Puede darse el concurso medial con la prevaricación, cuando la apropiación del caudal o efecto por el funcionario venga determinada por la adopción por la adopción de una resolución arbitraria en la esfera de su competencia.

b) Apropiación culposa (art. 371 del CP)

Se trata de un supuesto de comisión por omisión culposa, consistiendo en el abandono o negligencia inexcusable del funcionario que diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de los caudales públicos.

La relación que debe existir entre el funcionario y los caudales es la misma que para el artículo 370: comprende, con amplitud, los que administre, los que haya recibido y los que tenga en custodia, bien sea por razón de su cargo, bien por cualquier otra causa. No se exige que la culpa sea grave, es decir, debida solamente a un descuido de las más elementales cautelas y atenciones.

(119) La acción de sustraer, también característica del delito de hurto, admite diversos sentidos y uno de ellos es el de la *remotio*, o sea, la simple remoción de la cosa del lugar que ocupa, lo que, trasladado al manejo de dineros públicos, es equivalente a la disposición (STS 310/2003, de 7 de marzo).

La negligencia del funcionario debe materializarse en la sustracción de los caudales públicos por parte de un tercero (dar ocasión a la sustracción), no siendo necesario que esté identificado el autor material de aquélla, pues el tipo no lo exige.

Lo que es imprescindible que esté probado es el acto depredatorio contra el patrimonio público. Es insuficiente que los caudales no se encuentren, pues la mala administración o la falta de control que da lugar al extravío o pérdida de los caudales, no está tipificada.

Además entre aquella conducta negligente y la sustracción debe existir una relación de causalidad. El resultado antijurídico ha de ser imputable al autor en cuanto hubiera podido y debido preverlo y evitarlo, de manera que tal resultado no se hubiera producido si el funcionario hubiere actuado con la diligencia y cuidado que le era exigible atendiendo a su deber. Lo anterior supone que, aunque se hubiera probado el «desbarajuste administrativo», el «desorden» o la «mala administración», el funcionario no sería responsable si la sustracción se hubiera producido en todo caso, es decir, aunque hubiera ejercido su función de forma ordenada.

Se echa en falta en la legislación hondureña, a semejanza de otras legislaciones, una disminución de la pena, una semiexcusa absolutoria, en el caso de que el funcionario culpable reintegre antes del juicio dichos caudales o efectos, o con sus gestiones lograre el reintegro. Con todo, podría aplicarse en tal caso la atenuante genérica del artículo 26, numeral 7.

c) Distracción (art. 372 del CP)

El artículo 372 del Código Penal sanciona al funcionario o empleado público «*que destine los caudales, bienes o efectos que administra a un fin distinto del que les corresponde*». Se recoge aquí la conducta de distracción de los caudales públicos para darles una aplicación diferente (ya sea pública o privada) a la que les corresponde.

La relación o vinculación del funcionario con los caudales, bienes o efectos es, en este caso, la de administrador de los mismos. La distracción se produce por la aplicación de dichos caudales a fines distintos de los previstos (sin distinción), tanto si se trata de otros fines públicos (malversación de destino) como privados, del sujeto activo o de terceros (malversación de uso).

a) *Distracción para fin público distinto del que les corresponde.* Para atender a los distintos servicios públicos las leyes presupuestarias distribuyen los fondos en distintas partidas, con diferentes finalidades. El funcionario que administra esos

fondos no puede, a su arbitrio, destinar los fondos asignados a una partida, a otra con distinta finalidad pública, salvo que lo autorice la Autoridad competente, o se trate de fondos que discrecionalmente puedan asignarse libremente según las necesidades.

La doctrina critica esta modalidad de malversación porque viene impuesta muchas veces por las conveniencias mismas de la gestión del servicio público y por las circunstancias cambiantes que no pudieron ser tenidas en consideración a la hora de adscribir los caudales. La tendencia doctrinal es considerar que debería despenalizarse y tipificarse como ilícito administrativo o, al menos, reducir el reproche penal sólo a los casos en que se derive un daño o entorpecimiento para el servicio público. La STS de 9 de julio de 1991 recoge este sentir cuando afirma:

La doctrina científica, de antiguo ha visto con recelo la penalización de esta infracción administrativa, máxime si, como ocurre en muchas ocasiones, viene impuesta por las conveniencias mismas del servicio. Realmente, si no resulta daño para el servicio público, ha parecido excesivo castigar penalmente esta modalidad malversadora, ausente por regla general en Derecho comparado; hasta el punto de haber sido calificada como un «alarde de puritanismo».

En el ámbito de la justificación, las opiniones son favorables a admitir el estado de necesidad cuando la conducta de distracción responda a necesidades públicas acuciantes que obliguen al funcionario a desviar la partida para solventar otras imperiosas necesidades, también públicas (Devesa, Muñoz Conde).

b) Distracción para usos propios o ajenos. No se contempla expresamente en el Código penal hondureño la conducta dolosa del funcionario que aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, conducta conocida por «peculado de uso» o «malversación de uso». Es este un supuesto que exige un elemento subjetivo consistente en el ánimo de uso (*animus utendi*), es decir, el sujeto de la acción debe actuar con la intención inicial de reintegro, a diferencia del tipo del artículo 370, en el que el sujeto actúa con la intención inicial de apropiación definitiva (*animus rem sibi habendi*).

Esta conducta que en otras legislaciones merece un menor reproche penal, sobre todo cuando el imputado restituyere total o parcialmente los bienes utilizados, puede ser sancionada conforme al artículo 372 del Código Penal, toda vez que aplicar a usos propios o ajenos los caudales públicos equivale, sin duda, a destinarlos a fines distintos de los que les corresponden.

Sobre la malversación de uso, dice la STS de 6 de junio de 1986 lo siguiente:

La aplicación de los caudales o efectos a usos propios o ajenos, sin presencia de un *animus rem sibi habendi*, integra el llamado peculado de uso, conducta de distracción referida a los

funcionarios gestores que tienen legalmente la responsabilidad de aquéllos. Desde el punto de vista subjetivo, aletea en el agente un *animus utendi*, alejado del apropiatorio que caracteriza la anterior figura, propósito de reintegro de los caudales tras su temporal utilización ...; el infractor no trata de incorporar a su patrimonio definitivamente lo que por razón de su cargo le toca custodiar, sino de aplicarlo accidental o transitoriamente a necesidades surgidas, propias o ajenas, con evidente intención de ulterior restitución. La diferencia entre sendos tipos de malversación sólo puede hallarse tratando de descubrir algo tan difícilmente aprehensible como es el ánimo o designio que presidió la acción del agente, diferencia que –como destaca la sentencia de 13 de abril de 1981– es indecisa y borrosa, pues toda diferenciación reside en el intelecto del agente, en cuyas profundidades es difícil, cuando no imposible, penetrar para indagar lo que realmente se proponía ejecutar.

c) *Daños a los intereses patrimoniales del Estado*. El segundo párrafo del artículo 372 del Código Penal prevé un tipo agravado en función del resultado: si la malversación de uso causa daños patrimoniales al Estado o entorpece un servicio público, las penas de multa y de inhabilitación especial se endurecen.

d) Demora de pagos exigibles y retención indebida de cosas (art. 373 del CP)

El artículo 373 castiga dos tipos de conductas:

a) La de aquel funcionario que como tenedor de fondos públicos, no hiciere un pago al que está obligado. La relación que debe tener el funcionario con los fondos la describe el propio artículo: los fondos han de estar en su poder; además, ha de tener la obligación de efectuar el pago por ser este legalmente exigible.

b) La de aquel funcionario que requerido por orden de autoridad competente, rehusare a la entrega de una cosa (dinero, caudales, bienes o efectos) puesta bajo su custodia o administración. Esta se puede configurar como una modalidad del delito de desobediencia, pues debe ir precedida del requerimiento.

La cosa puede ser pública o incluso perteneciente a un particular, siempre que el funcionario la tenga bajo su custodia o administración. Podría entenderse la figura como un supuesto de tipo de peligro concreto, pues no se lesiona efectivamente el bien jurídico protegido, dado que es consustancial que la cosa todavía esté en poder del funcionario y pueda entregarla, pero existe la probabilidad de producción efectiva de la lesión, por cuanto, en un principio, se desconoce la finalidad perseguida por el funcionario.

Si la causa de que el pago no se efectúe o la cosa no se entregue, fuera la previa sustracción, u otra de las modalidades delictivas recogidas en los 370 y ss., no se aplicaría el artículo 398, dado que las conductas se subsumirían en aquellos tipos, en virtud del principio de consunción. En tal caso, el impago y la no entrega se considerarían como actos posteriores impunes.

e) Malversación impropia (artículo 373-A)

Las disposiciones sobre la malversación son extensivas a los que se hallaren encargados por cualquier concepto del manejo de fondos, rentas o efectos departamentales o municipales, o pertenecientes a una institución educativa o de beneficencia, y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por una autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

Este artículo es integrador de todas las modalidades de malversación anteriormente estudiadas y las hace extensivas a los particulares que se encuentren en determinada relación con bienes que, de una u otra forma, están destinados a la satisfacción de un servicio público.

Se distinguen varios supuestos:

1) Los que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos departamentales o municipales. Se refiere a los particulares, encargados de determinados bienes destinados claramente a satisfacer fines públicos, estableciendo una equiparación entre los caudales, efectos o fondos del Estado y otros que se estiman merecedores de igual protección.

2) Los encargados por cualquier concepto de fondos rentas o efectos pertenecientes a una institución educativa o de beneficencia. El tipo no distingue entre los establecimientos públicos o privados, pero parece obvio que hace referencia a aquellos que sean exclusivamente públicos. Los establecimientos de beneficencia y de instrucción que no tienen carácter público, que no pertenecen ni a la beneficencia general, ni provincial, ni municipal, los colegios y escuelas que no constituyan ningún centro de enseñanza oficial, se sostienen con fondos particulares, y tienen a su frente profesores y administradores que no desempeñan, ni ejercen su cargo en virtud de nombramiento de ninguna autoridad pública. Si los fondos que sus directores o administradores tienen son por ellos sustraídos o distraídos, la fe pública no sufre, ni padece, no la confianza oficial resulta burlada, porque nunca en ellos fue depositada, y por tanto, faltan los elementos especiales de incriminación con que todo delito de malversación de caudales públicos debe caracterizarse.

Partiendo, pues, de que los establecimientos citados deberán ser públicos, tampoco plantea mayor problemática la extensión de los delitos de malversación a los particulares que manejen sus fondos, por el servicio público que prestan aquellos.

3) Los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. Se recoge el supuesto comúnmente conocido como quebrantamiento de depósito.

Similar a los anteriores es el caso del particular designado administrador o depositario de caudales o efectos públicos, por la finalidad inherente a éstos. El otro caso previsto, es decir cuando el particular sea designado administrador o depositario de bienes pertenecientes también a particulares, es el supuesto de malversación impropia más tratado por la jurisprudencia, de la que se puede extraer una abundante casuística.

Resalta de la redacción del artículo, que se asimilan los particulares a los funcionarios públicos, y los bienes privados a los caudales, también, públicos, pretendiéndose con la criminalización de esas conductas el otorgamiento de una mayor protección a las decisiones de la Autoridad al constituir aquellos estados posesorios. Para llevar a cabo esta protección, la malversación impropia se construye sobre dos ficciones (véanse, p. ej., las SSTS 187/2004, de 12 de febrero y 201/2005, de 14 de febrero):

a) El depositario o administrador de los bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, se convierte por su nombramiento para dicho cargo en funcionario público. Es ésta una asimilación temporal o episódica, en cuanto concierne a deberes y obligaciones impuestos por razón de la relación de servicio ocasional constituida.

Esta relación se fundamenta en la confianza que particularmente pudiesen inspirar aquellos, a la que sobreponen, además de las obligaciones características de todo depositario los especiales deberes de probidad, integridad, fidelidad, lealtad, respeto u obediencia, inherentes a la encomienda de cualquier función pública.

b) Dichos bienes se convierten en caudales públicos aunque pertenezcan a particulares. En virtud a la intervención de la autoridad judicial o administrativa, los caudales o bienes embargados, secuestrados o depositados, pertenecientes a particulares, quedan, por decisión legal, parificados a los públicos, pese a no corresponderles por sí mismos la indicada naturaleza y tratarse de cosas o valores no pertenecientes a erario público.

En cuanto a los requisitos o elementos característicos de esta malversación impropia, según, también, reiteradísima jurisprudencia (p. ej., STS 161/2003, de 6 de febrero) son los siguientes:

1) Un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes, realizado por autoridad pública (en procedimiento judicial o administrativo), aunque pertenezcan a particulares. Embargo que debe estar válidamente constituido, pues de no ser así faltaría un elemento esencial del tipo (STS 31 de octubre de 1988).

2) Una persona, designada depositaria de los bienes por la autoridad judicial o administrativa, que adquiere por ello *ex lege* el ejercicio de la función pública para cumplir su misión, pudiendo ser, incluso, el mismo propietario de los bienes.

3) La aceptación del cargo por el depositario, tras ser debidamente informado de su nombramiento y advertido de las obligaciones que contrae, con la obligación de conservar los bienes a disposición de la autoridad que haya acordado el embargo, y de las responsabilidades penales en las que podría incurrir. Cuando no se advierte al depositario de las obligaciones que contraía como depositario y de las responsabilidades penales en que pudiera incurrir por el incumplimiento de las normas, falta el elemento culpabilista, el dolo como forma de culpabilidad. La STS 779/2005, de 18 de mayo, se muestra exigente al respecto: «la persona depositaria ha de conocer perfecta y detalladamente las obligaciones del cargo para el que ha sido designada, y las responsabilidades derivables».

En lo concerniente a la prueba de este elemento, la jurisprudencia se muestra extremadamente rigurosa⁽¹²⁰⁾. Partiendo del cambio cualitativo que en su estatus personal supone para un particular la constitución en depositario, exige la existencia de prueba sobre que, más allá de la firma de un documento formulario, la persona nombrada ha sido informada perfecta y detalladamente de las obligaciones que contrae y de las responsabilidades en que puede incurrir. STS 161/2003, de 6 de febrero:

(120) STS 187/2004, de 12 de febrero: «La jurisprudencia ha insistido de forma reiterada en que la formal y expresa aceptación del cargo por la persona designada debe estar precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que, en caso contrario, el eventual incumplimiento de los deberes del depositario no podrá integrar por sí solo el tipo en cuestión, la existencia de cuyo elemento subjetivo no puede ser supuesta o presumida. No puede ser equiparado, en efecto, un particular a un funcionario público, precisamente al efecto de exigirle la misma responsabilidad penal que al segundo, sin instruirle del cambio cualitativo que supone en su estatus personal el nombramiento de administrador o depositario que ha recaído sobre él y de la mutación jurídica que han experimentado los bienes secuestrados, embargados o depositados al convertirse ficticiamente en caudales públicos. Si como aquí acontece, el acusado no fue informado de manera clara y precisa y de forma expresa de la naturaleza del cargo asumido, y de sus correspondientes obligaciones y de las concretas responsabilidades penales en que pudiera incurrir si tales deberes resultaran violados, no cabe exigir la correlativa responsabilidad penal por el delito que aquí nos ocupa».

La mera formalidad de un nombramiento no puede arrastrar tan graves consecuencias como las que pueden derivarse de la aplicación de las previsiones del tipo penal aplicable. Por ello las informaciones puramente rutinarias, genéricas e imprecisas no pueden llevar ligadas, como efecto añadido, la exigencia de responsabilidad penal. El requisito de la información previa se transforma, en el caso de que no exista en la debida forma, en un elemento negativo del tipo que produce en el sujeto un error invencible de prohibición que excluye la responsabilidad criminal.

Con todo, la información sobre las responsabilidades penales en que puede incurrir el depositario ha sido relajada en alguna sentencia. STS 1564/2005, de 4 de enero:

En el caso enjuiciado, la diligencia de embargo, si bien se extendió por medio de un impreso, es lo cierto que en ella el depositario acepta el cargo, jura o promete desempeñarlo con arreglo a la Ley, después de ser enterado de las responsabilidades en que incurriría de no verificarlo. Este último apartado, información de responsabilidades, debe ser estudiado en combinación con la doctrina del error de prohibición. El recurrente sostiene que desconocía tales obligaciones, pero constituye doctrina reiterada de esta Sala que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley (STS 1399/2003, de 28 de octubre), dictada a propósito de un caso de malversación impropia). Claramente, la diligencia indica que fue informado (y quedó «enterado») de tales responsabilidades, por lo demás de todos conocidas, y máxime de quien se encuentra ejerciendo el comercio o la industria, pues parece evidente que los bienes embargados a resultas de un procedimiento judicial para el pago de una deuda no pueden enajenarse sin hacer constar la traba, por estar afectos a dicho destino. Repetimos esto es algo que conoce cualquiera, y máxime cuando, como declara nuestra jurisprudencia, debe constar en la diligencia una información acerca de las consecuencias negativas de su incumplimiento, pero sin que sea necesario que en la misma se tenga que hacer reseña de los concretos preceptos del Código Penal en donde se sanciona tal conducta, que habrá sido objeto de lectura por parte del destinatario de la misma y depositario de los bienes, y en el caso, firmó el «enterado».

4) Un acto de disposición de los caudales, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo. La disposición puede consistir, bien en la «sustracción» o en el «consentimiento» para ello y en cuantas formas más específicas puedan imaginarse para sustraer aquéllos del destino que, por razón de la traba, están reservados en el procedimiento donde se acordó el embargo, secuestro o depósito.

Además, tal y como expone la STS 160/2005, de 18 de febrero, «en estos supuestos, la desaparición de los bienes dados en depósito, sin dar cuenta razonada y razonable de su paradero, equivale a apropiación de los mismos por parte del obligado a su devolución, único responsable del cuidado de los mismos para tenerlos siempre a disposición del Juzgado que ordenó el embargo y subsiguiente depósito. Es decir, con independencia del deber de fidelidad y guarda que conlleva todo tipo de depósito judicial, su quebrantamiento supone siempre una apropiación indebida, delito éste que se transforma en malversación cuando los bienes depositados tienen un carácter público».

Puede plantearse la duda relativa a la existencia del tipo, en el caso de que, subsistiendo el embargo, la deuda ya hubiere sido satisfecha. La misma debe ser resuelta de modo afirmativo, es decir que en ese caso el depositario sería responsable del delito de malversación. En efecto, la obligación que aquel contrae al formalizarse el embargo es ajena a la naturaleza de las relaciones materiales que puedan existir entre el acreedor que promueva el embargo y el deudor embargado; relaciones que deben discutirse en el procedimiento de apremio o ejecutivo correspondiente, pero que no debilita ni hace desaparecer la obligación de custodia, en tanto ésta esté formalizada y no sea levantada, también formalmente, por la autoridad que la constituyó.

El Tribunal Supremo ha estimado en alguna ocasión la concurrencia de la eximente de estado de necesidad. La STS de 23 de noviembre de 1991 así lo apreció respecto de la venta de un vehículo embargado para atender las necesidades propias y de sus cuatro hijos:

Del *factum* se infiere inequívocamente que a pesar de la ayuda recibida del Ayuntamiento de Avilés y de los préstamos de sus amigos sólo en parte pudo atender sus necesidades y las de sus cuatro hijos dada la enfermedad que padecía, que le impedía el desarrollo normal de su pequeña industria de venta ambulante.

Al desprenderse del vehículo de su propiedad embargado, único medio que posibilitaba su modesta industria, así como sus únicos ingresos, la situación de necesidad había tenido que ser forzosamente extrema.

Hay pues, como se decía una situación de extrema necesidad que impulsaba a la acción típica, pero que excluye la antijuridicidad. Su conducta está justificada por el ordenamiento jurídico.

Efectivamente, el mal causado –disposición de un bien de su propiedad embargado– es inferior al que se trataba de evitar –enfermedad y subsistencia de sus cuatro hijos y de él mismo–; la situación de necesidad no fue provocada por él, ni tenía obligación de sacrificarse. Hizo además lo objetivamente preciso para la atención de sus necesidades elementales: acudir a los servicios asistenciales del Ayuntamiento y a la ayuda de sus amigos. Ambas devinieron insuficientes.

4. NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

Artículo 374 del Código Penal:

El funcionario o empleado público que directamente o por medio de otra persona, o por actos simulados, se interese, con ánimo de lucro personal, en cualquier contrato u operación en que estuviera participando por razón de su cargo, será sancionado con reclusión de tres (3) a seis (6) años e inhabilitación absoluta por el doble del tiempo que dure la reclusión.

Lo dispuesto en el párrafo precedente será aplicable a los peritos o

contadoras particulares que hayan participado en la tasación, partición o adjudicación de bienes y a los tutores o curadores y a los síndicos de una quiebra.

Este es un delito de gestión desleal (Rodríguez Devesa), considerado por la doctrina española como tipo básico respecto del tipo cualificado previsto en el artículo 376 (fraude al Fisco). Sujeto activo es el funcionario o empleado público (en los términos del artículo 393 del CP) que está participando en estos contratos u operaciones «por razón de su cargo». Pero también lo son las personas que enumera el párrafo segundo del artículo 374, lo que ha llevado a afirmar el carácter pluriofensivo de esta infracción (Administración, propiedad de los particulares).

La acción consiste en «interesarse» en el negocio u operación, en el sentido de obtener un beneficio, ganancia o provecho para sí mismo, no para terceros («con ánimo de lucro personal», dice el precepto). La intervención del funcionario puede ser directa, indirecta (esto es, a través de persona interpuesta, asociándose con otras personas, etc.) o incluso por actos simulados. El contrato u operación ha de estar relacionada con el cargo del funcionario y tener contenido económico.

Es un delito de simple actividad. La consumación se produce cuando el funcionario se inmiscuye en la operación, con independencia de que el beneficio se obtenga. No caben, por tanto, formas imperfectas de ejecución.

Artículo 375:

La sanción establecida en el artículo anterior se aplicará al funcionario o empleado que, con propósito de lucro, interponga su influencia para obtener una resolución de cualquier autoridad, o dictamen que debe pronunciarse ante la misma.

Este precepto tiene espacios comunes con el delito tráfico de influencias del artículo 369-A. En ambos casos, el sujeto activo es un funcionario o empleado público (en el art. 375 se dice solo «empleado» sin el adjetivo de «público», pero es obvio que se debe a uno de tantos errores del legislador); en ambos se persigue un propósito de lucro (art. 375) o beneficio económico o de cualquier otra naturaleza (art. 369-A); en el tráfico de influencias el funcionario se aprovecha de su influencia sobre otro funcionario, para obtener una resolución que le favorezca (art. 369-A), mientras que en el artículo 375 no se especifica sobre quién se ejerce la influencia (puede ser sobre cualquier persona, autoridad, funcionario o particular); la finalidad del tráfico de influencias es obtener una resolución (beneficiosa) de un funcionario; en el artículo 375 se pretende obtener una resolución beneficiosa de cualquier

autoridad o de quien haya de emitir dictamen ante la autoridad⁽¹²¹⁾.

Si lo relacionamos con el artículo 374 observamos: a) que el propósito de lucro ya no se limita al «personal», de manera que admite el de terceros ajenos al sujeto activo; b) que el objeto de la acción ya no es un negocio en el que participe el sujeto activo, sino que la acción consiste en «interponer su influencia» para obtener una resolución de otro; c) que ha de ser la propia autoridad o quien vaya a emitir un dictamen ante aquélla.

5. FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES

El Capítulo VIII del Libro II del Código Penal sanciona, en sus dos únicos preceptos, los fraudes (art. 376) y las exacciones ilegales (art. 377).

A) Fraudes

Artículo 376 del Código Penal:

El funcionario o empleado público que por razón de su cargo participe en cualquier acto jurídico en que tenga interés el Estado y se ponga de acuerdo con alguno de los interesados para defraudar al Fisco o con ese mismo propósito se valga de su condición para favorecer a un tercero o para facilitar su participación personal, directa o indirecta, en los beneficios que puedan producir tales asuntos o use cualquier otro artificio con la misma finalidad, será sancionado con reclusión de seis (6) a nueve (9) años, más inhabilitación absoluta por el doble del tiempo que dure la reclusión.

Este delito es considerado como una infracción del deber de lealtad que el funcionario debe guardar en la gestión de un servicio público o de una contratación administrativa, cuando actúe representando a la Administración del Estado o intervenga en su nombre. Según los términos literales del precepto, éste sólo se aplica cuando, en el acto jurídico en cuestión, tenga interés el Estado (no otras administraciones). El sujeto pasivo es el Fisco estatal. A pesar de ello, una muy antigua jurisprudencia correctiva y analógica (difícilmente aceptable al ser en contra del reo) del Tribunal Supremo español, referida al art. 411 Código Penal de 1870

(121) Piénsese en un funcionario que, siendo amigo de la infancia de quien acaba de contraer matrimonio con un Alcalde, ejerce sus influencias sobre la esposa (que no es ni autoridad ni funcionario) para lograr que le den una concesión administrativa. No habría tráfico de influencias del artículo 369-A porque el sujeto pasivo de la influencia no es otro funcionario, pero sí podría encajar la acción descrita en el tipo del artículo 374 del Código Penal.

(que sólo mencionaba al «Estado», como sucede en Honduras), incluyó a la provincia y al municipio. La STS de 30 de noviembre de 1915 apunta que el tipo ha de entenderse «en perjuicio de los fondos del Estado y, en su caso, de la provincia o del municipio». El ámbito de aplicación del precepto debería ampliarse, no solo al interés de otras administraciones territoriales (departamentales y municipales), sino también a las instituciones, corporaciones y demás entidades de derecho público.

Rodríguez Devesa califica este delito como «gestión desleal» y como tipo cualificado respecto del previsto en el artículo 374. Existen, no obstante, algunas diferencias notables. De entrada no se da aquí la extensión que, respecto a los sujetos activos, se produce en el artículo 374. El más allá del círculo de los funcionarios o empleados públicos. La acción consiste en concertarse («ponerse de acuerdo», según el tenor de la ley) con los interesados o especuladores o en usar cualquier otro artificio defraudatorio. «Ponerse de acuerdo» es una forma más específica de la más genérica consistente en «usar cualquier otro artificio», que debe interpretarse en el sentido de maquinación, simulación o engaño que tenga por objeto defraudar.

Elemento subjetivo del injusto es el propósito de «defraudar». Se concreta así el móvil que ha de informar el elemento objetivo, de manera que, si falta ese propósito, decae el título de imputación del artículo que examinamos.

Es un delito de mera actividad que se consuma con la puesta en práctica del concierto o del artificio defraudatorio. Por tanto, no caben formas imperfectas de ejecución. Caso de que, finalmente, la defraudación llegara a producirse, estaríamos ante un concurso entre este delito y la estafa.

B) Exacciones ilegales

Artículo 377:

El funcionario o empleado público que exija el pago de impuesto o tributo, contribución o tasa a sabiendas de que es ilegal o que, siendo legal, emplee para su percepción o cobro medios vejatorios o gravosos o invoca falsamente mandamiento judicial u otra autorización legítima, será sancionado con reclusión de tres (3) a cinco (5) años, más inhabilitación especial por el doble del tiempo que dure la reclusión.

El funcionario o empleado o funcionario público que utilice en provecho propio o de terceros las exacciones a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con reclusión de cuatro (4) a ocho (8) años, más inhabilitación absoluta por un tiempo igual al doble del que dure la reclusión.

Sujeto activo de este delito es, no sólo el funcionario o empleado público encargado legalmente del cobro de impuestos, tributos, contribuciones o tasas; también puede serlo quien, sin tener tales competencias, exige el pago de los mismos invocando falsamente una legitimidad de la que carece.

La acción varía según que el objeto de la misma (conceptos fiscales en general: impuestos, tributos, contribuciones, tasas) sea legal o ilegal. Si son ilegales, la acción consiste en «exigir» (entendiéndose esta expresión en el sentido de cobrar o simplemente pedir) su pago. Si son legales, la acción típica se desdobra en: a) «emplear para su percepción o cobro medios vejatorios o gravosos»; b) «invocar falsamente mandamiento judicial u otra autorización legítima».

La ilegalidad del concepto fiscal ha de conocerse por parte del funcionario («a sabiendas de que es ilegal»); el desconocimiento de este elemento por parte del sujeto activo hace inaplicable el tipo.

El un delito de mera actividad. No es preciso para su consumación que el concepto fiscal se pague por el sujeto pasivo.

La agravación del párrafo segundo corresponde a un tipo de resultado: si las exacciones ilegales se cobran y se utilizan en provecho del sujeto activo o de un tercero, la reclusión y la inhabilitación absoluta se incrementan. No basta, pues, para su consumación, la simple percepción de las exacciones; es preciso que se «utilicen» en provecho de alguien, aunque lo sea con fines altruistas, nobles o piadosos (en tal caso concurrirá la atenuante del numeral 12 del artículo 26 del CP, pero la acción típica se habrá cometido).

6. PREVARICACIÓN

A) Concepto

Una primera dificultad conceptual deriva de las heterogéneas cualidades profesionales de los sujetos activos del delito. En atención a su autor, puede distinguirse una prevaricación judicial, otra de funcionarios públicos y, por último, la de los profesionales del Derecho (notarios, abogados, licenciados en ciencias jurídicas y sociales, y procuradores: arts. 378 a 382); comportamientos de difícil reducción a un denominador común, aunque todos ellos sean modos de quebrantamiento de obligaciones específicas (MUÑOZ CONDE).

La propia acepción gramatical de prevaricar resulta inútil como concepto válido

para todas estas categorías en cuanto significa «delinquir los empleados públicos dictando o proponiendo a sabiendas o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia». Y, como se sabe, los notarios, abogados, procuradores y otros profesionales del derecho, ni son empleados públicos ni dictan o proponen resolución alguna. En contra, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar –con argumentos difícilmente compartibles– que el procurador «tiene facultades resolutorias en contadas situaciones jurídicas en las que sin dictar resolución "resuelve", como por ejemplo, al efectuar una consignación ante el Juzgado» y que «cuando actúa ante los Tribunales u organismos, tiene el carácter de funcionario público a efectos penales, como auxiliar de la Administración de Justicia en el primer caso» (STS de 8 de mayo de 1964).

Se han ensayado otros conceptos de prevaricación, también susceptibles de crítica. Así, configurar ampliamente la prevaricación como «una torcida aplicación del Derecho» (BACIGALUPO, BUSTOS) es insuficiente, aparte de otras razones, porque los comportamientos típicos de prevaricación de abogados y procuradores no afectan ni a la interpretación ni a la aplicación del derecho (CONDE-PUMPIDO). Tampoco parece adecuado entenderla como «faltar a la obligación de la autoridad o cargo que se desempeña» (STS de 14 de marzo de 1904). De nuevo quedarían excluidas las conductas prevaricantes de abogados, procuradores y otros profesionales que, ni son autoridad, ni desempeñan cargo.

En fin, ante la heterogeneidad de profesionales y conductas típicas que en el Código Penal se incriminan como prevaricación, no es de extrañar la inexistencia de un concepto pacífico de tal figura delictiva, ni tampoco la dificultad sistemática para hallar el bien jurídico común que las identifique (OCTAVIO DE TOLEDO). Con todo, VIVES ANTÓN ha querido ver la esencia de todas estas infracciones «representada por el servicio que los poderes públicos han de prestar a la comunidad». Se trata de un interés de todos y también de cada uno en particular: de un bien jurídico de naturaleza funcional (BUSTOS, GONZÁLEZ CUSSAC, MAGALDI), donde lo importante no estriba en la desobediencia o infidelidad del sujeto activo, sino en el quebrantamiento del servicio público correspondiente.

B) La prevaricación judicial

Entre los delitos de prevaricación, la judicial viene a ser el de más gravedad, y posiblemente sea uno de los delitos de orígenes más remotos, lo que no impide que la idea de semejante responsabilidad se encuentre más arraigada en las sociedades modernas. Ya el Código Hammurabi sancionaba al Juez que cambiase una sentencia. El Derecho romano conoció la acción de *perduellio* frente a la violación del deber del magistrado y en la *Lex Cornelia* se incluyó el castigo del pretor que se apartara de la correcta aplicación de las leyes.

El auto del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2002 (RJ 2002\6843) efectúa unas interesantes consideraciones generales sobre el delito de prevaricación judicial:

Con relación al genérico delito de prevaricación, la sentencia de esta Sala de 15 de octubre de 1999, ya declaró que este delito «no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso», sino la vulneración del Estado de Derecho, pues requiere que la resolución judicial pueda ser considerada como un grave apartamiento del derecho, esto es, consiste «en el abuso de la posición que el derecho otorga al juez, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales». En este sentido, la jurisprudencia ha subrayado que una sentencia o resolución injusta no sólo debe ser antijurídica, sino que debe ser demostrativa de tal grado en el apartamiento de la función que corresponde a su autor en el Estado de Derecho (art. 117.1 de la CE), que se ha recurrido a efecto de su calificación a adjetivaciones de la antijuridicidad tales como «flagrante y clamorosa», «clara y manifiestamente contraria a la ley», «esperpéntica», «grosera», «que pueda ser apreciada por un lego», etc. Desde este punto de vista, «es evidente que la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de justicia» (STS 15 de octubre de 1999, citada), añadiéndose en la misma que aunque «es cierto que el derecho no es una ciencia exacta, cualquiera que sea el significado que en el estado actual de la metodología jurídica se quiera dar a estas expresiones, “lo que no se puede deducir” que cualquier acto de un Juez es adecuado a derecho, pues ello implicaría reconocer que la única ley del Estado es la voluntad o la convicción de los Jueces», por eso la jurisprudencia ha excluido el delito de prevaricación para el caso de aplicaciones del derecho basadas «en algún modo razonable de interpretar los hechos y la norma jurídica» (STS 1/1996). Estas consideraciones son asumidas igualmente por la STS de 11 de diciembre de 2001, en donde se lee: «la conciencia del juez, no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la ley, porque ello conduce en definitiva a convertir la voluntad del juez en decisión para resolver el conflicto», por lo que «por resolución injusta, habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad».

a) Concepto

Coincide la doctrina en que lingüísticamente el significado de prevaricación es excesivamente vago, por cuanto sólo viene a indicar un quebrantamiento voluntario de las obligaciones contraídas que, en el fondo, se da en todos los delitos de funcionarios públicos. Desde el punto de vista vulgar, prevaricar equivale a faltar alguien a sabiendas y voluntariamente a la obligación de la autoridad o cargo que desempeña, quebrantando la fe, palabra, religión o juramento. Originariamente, en latín, «prevaricación» significó «ir en camino torcido» o «atravesamiento».

El Código Penal restringe el concepto a determinados modos de quebrantamiento de obligaciones específicas llevado a cabo por determinadas personas que ejercen funciones públicas o asimiladas a las mismas. Así podemos centrar gramaticalmente el concepto en faltar a las obligaciones del cargo que se desempeña; faltar un funcionario público a la justicia en actuaciones propias de su cargo, a sabiendas o por ignorancia inexcusable, abarcando las dos modalidades según la forma de culpabilidad.

Rodríguez Devesa considera que la prevaricación consiste en adoptar una resolución contraria a la que requieren los asuntos en que el funcionario público, y por extensión los abogados y procuradores, interviene por razón de su cargo. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1904 indica que prevaricar significa faltar a la obligación de la autoridad o cargo que se desempeñe; señalando la de 10 de enero de 1904 que se caracteriza e integra por la intención en el funcionario de faltar deliberadamente a la justicia en sus resoluciones.

Acertadamente apunta BINDING que todos pueden apostatar de la ley, pero sólo el juez puede traicionarla; esta traición asume dos formas: el juez puede negar la ley relativa al caso particular no aplicando a éste el derecho existente, o puede falsear la ley y entonces lo que no es derecho recibe, por su intervención, para aquél caso particular, autoridad de ley. El delito de prevaricación –termina diciendo– consiste en la actividad culpable e ilegal del juez como tal juez.

b) Bien jurídico

En lo que a la prevaricación judicial concierne, se tutela el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, aunque, en la mayoría de los casos también se tutelan intereses particulares.

c) Sujeto activo

La prevaricación judicial es un delito especial propio, en los que es determinante la cualidad especial del sujeto para su existencia, sin cuya participación el hecho sería atípico. Por tanto solamente pueden responder a título de autores los sujetos activos (jueces, funcionarios públicos, abogados y procuradores). La participación del *extraneus* ha de reconducirse a las figuras de coautoría o complicidad.

En la prevaricación judicial, lógicamente el sujeto activo tiene que ser necesariamente un juez, de cualquier órgano jurisdiccional. Aunque el tipo habla del juez debe entenderse que también los miembros de tribunales u órganos colegiados, cuando actúan jurisdiccionalmente dictando una resolución, pueden cometer este delito. En tal caso, se trata de una coparticipación de sujetos cualificados, respondiendo colectivamente el Tribunal, salvo aquellos de sus miembros que expresa y formalmente hayan salvado su criterio discrepante, emitiendo voto particular.

d) Conducta típica

Por razón de su tipicidad se distinguen tres órdenes de conductas: unas dolosas de acción; otras dolosas de omisión y otras culposas.

1. Prevaricación dolosa de acción (arts. 378 y 379 del CP)

El núcleo del tipo consiste siempre en dictar a sabiendas una resolución injusta: el Juez que, «con malicia y verdadera conciencia de su injusticia dicte sentencia contraria a la ley».

a) *Malicia y conciencia de la injusticia.* El Código introduce en el tipo un elemento subjetivo («malicia y verdadera conciencia de su injusticia») inequívocamente determinante de dolo específico, que excluye en estos casos la comisión culposa. Tener «conciencia de su injusticia» viene a suponer la realización de una actuación deliberadamente injusta. Como señala Conde-Pumpido «no se trata tanto de una aplicación errónea del Derecho, que el ordenamiento prevé como admisible y corregible por la vía de los recursos, cuyo fundamento es precisamente la desviación de la resolución recurrida respecto a la justicia del caso, como el dictar deliberadamente una resolución contraria a la que, según el propio razonamiento del juez, debiera ser la procedente».

El simple hecho de que la resolución injusta sea corregida por vía de recurso, no excluye la eventual comisión de la prevaricación en la instancia. Ha de tenerse en cuenta que el bien jurídico protegido fundamental es el buen funcionamiento de la administración de justicia, y no el efectivo daño causado con la prevaricación, lo que únicamente sería considerado al tiempo de imponer la pena o en la posibilidad de concursos delictivos. En cualquier caso, la resolución ha de ser de absoluta notoriedad en la injusticia y no de apreciaciones discutibles en Derecho, ni siquiera las erróneas de buena fe, que son las susceptibles de corregirse con los recursos oportunos. De lo contrario, se llegaría al absurdo de considerar que toda revocación de decisiones en apelación o casación llevaría consigo, al estimarse injusta o no ajustada a Derecho la de instancia, su incriminación a título de prevaricación.

El juez debe ser consciente de que su resolución infringe la ley o se asienta sobre una determinación viciada de los hechos, abarcando su conocimiento el carácter injusto de la decisión. El Tribunal Supremo ha dicho desde antiguo que la locución «con malicia o conciencia de la injusticia» equivale a ciencia segura, conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia (SSTS de 14 de octubre de 1884, 10 de enero de 1900 y 12 de noviembre de 1901); siendo preciso que la sentencia la dicte el juez con malicia y verdadera conciencia de su injusticia, no basta el mero error interpretativo o de aplicación de la ley (SSTS de 13 de diciembre de 1919 y 13 de noviembre de 1929); con intención deliberada de faltar a la justicia, no bastando que esto se presuma o conjeture (STS de 5 de octubre de 1906). El

ATS de 14 de mayo de 2002 (RJ 2002\6843) recuerda esta doctrina:

Desde antiguo, la jurisprudencia ha exigido que el agente obre a ciencia segura (sentencia de 14 de octubre de 1884), con malicia y verdadera conciencia (Sentencias de 31 de enero de 1914 y 13 de diciembre de 1919), o con pleno conocimiento de que ejecutaba un acto injusto (sentencia de 5 de octubre de 1906), constándole la injusticia del mismo (sentencia de 14 de marzo de 1914), o lo que es igual, que sepa y le conste que la resolución que dicta es injusta por contraria a la ley y que, no obstante, la dicte voluntaria y conscientemente; con plena conciencia de la ilegalidad o arbitrariedad (últimamente, y en este mismo sentido, lo declaran las Sentencias de esta Sala de 27 de mayo de 1994, 20 de noviembre de 1995, 4 de julio de 1996, 3 de febrero de 1998 [RJ 1998\722], 15 de octubre de 1999 y 11 de diciembre de 2001). Si el dolo tiene un doble componente cognoscitivo y volitivo, esa significación nos lleva a construir su estructura subjetiva como equivalente a «intención», o sea, «voluntariedad».

La STS de 3 de mayo de 1986 exige que el juez «sepa y le conste que la resolución que dicta es injusta por contraria a la ley y que, no obstante, la dicte voluntaria y conscientemente». De manera que ni siquiera con dolo eventual se cumplen los requerimientos de estos tipos.

Sin embargo, no deja de ser significativo que en el artículo 380, relativo a la prevaricación culposa, se añada el calificativo de «manifiestamente» ilegal. Ello podría interpretarse en el sentido de que, para la prevaricación dolosa sería suficiente la injusticia, fuere o no manifiesta, mientras que el reproche, para la culposa, sería de menor entidad al quedar excluidas aquellas otras que no alcanzaren el grado de manifiestas. Cabe decir, en favor de esta tesis, que cuando la prevaricación es «con malicia y conciencia de su injusticia», en nada importa que la injusticia sea además «manifiesta», pues ello sería excluir de penalidad aquellas resoluciones intencionalmente injustas solo apreciables a la inteligencia del jurista. Claro es que, en estos casos, existiría la dificultad de su prueba, pues el elemento subjetivo quedaría diluido en la apariencia formal de legalidad de la resolución, pero no sería imposible su acreditamiento con otros medios probatorios. No debemos olvidar que la esencia de la prevaricación dolosa viene a residir en esa directa intención de aplicar torcidamente el derecho. De ahí que la responsabilidad, cuando se realiza de buena fe, quede restringida por el Código a la manifiesta ilegalidad.

Se ha cuestionado la posibilidad de incriminar la prevaricación por dolo eventual en aquellos supuestos en los que el juez conoce la probabilidad de que la resolución pueda ser injusta. Sin embargo, esa sola probabilidad no es suficiente para la existencia de aquel dolo, de iguales consecuencias que el directo. La probabilidad de que la resolución pueda ser incorrecta, es algo, que dentro de la incertidumbre del derecho, puede plantearse siempre el juez más cumplidor de su función, pero ello no supone que la dicte «con malicia y verdadera conciencia de su injusticia» como el tipo penal exige. El sistema de recursos precisamente se asienta sobre aquella probabilidad generalmente presente en la resolución de cada caso

concreto. La imputación por ese dolo de segundo grado se haría siempre faltando el requisito de la «malicia» y vendría a coartar el ejercicio de la función judicial reduciendo la labor del juez, temeroso a incurrir en el delito de prevaricación, a ser un simple autómatas en la aplicación de la Ley o en la reproducción mimética de las resoluciones de sus superiores jerárquicos. Hay que tener en cuenta que la finalidad directa del tipo penal no es garantizar soluciones correctas en las contiendas judiciales, sino que éstas sean presididas por los principios de objetividad, imparcialidad y justicia inherentes a la función jurisdiccional.

Cuanto más consciente es el juez de su tarea y cuanto más preparado técnicamente está, más se da cuenta de la posibilidad de errar al dictar una sentencia. «Cuanto más extendemos nuestros conocimientos, más nos damos cuenta de su limitación» (Gilbert K. Chesterton). De estimar que, en tales casos, podría prevaricar a título de dolo eventual, supondría coartar su función y limitar su decisión sobre la interpretación correcta. Y es que, ciertamente, el juez que mejor desempeña la función jurisdiccional es el que más consciente es de la variabilidad de la interpretación, y si la probabilidad de que ésta no sea acertada existe casi siempre, no puede incriminarse al juez que la conoce.

Se aprecia por tanto un margen razonable de duda y previsión de la justicia que hay que descartar del terreno del dolo eventual, precisamente porque se ha considerado como justa la decisión razonable teóricamente. Se eliminan de la prevaricación los casos en que, aun pudiendo establecerse la injusticia de la resolución, ésta admite un margen de justificación teórica (es decir, no es claramente injusta) aunque al dictarla el juez haya albergado la duda normal basada en la conciencia de su falibilidad. Bien es cierto que esa propia conciencia y duda racional sería la excluida del tipo penal por los términos «con malicia y conciencia de su injusticia».

En conclusión, los tipos dolosos de prevaricación exigen que el juez conozca que la sentencia es injusta y contraria a la ley, no simplemente que advierta su probabilidad, que se transformaría en certeza cuando la resolución fuere manifiestamente injusta. De ahí que jurisprudencia y doctrina no desliguen los conceptos de injusticia y con malicia.

b) Contraria a la Ley. El Código Penal hondureño exige que la sentencia sea injusta y contraria a la ley. Justicia y ajuste a la ley no siempre van de la mano. Si el juez dicta sentencia con conciencia de que es injusta, pero ajustada a la legalidad, no se cumple el tipo penal; y, por el contrario, si dicta una sentencia contraria a la ley, pero objetivamente justa, tampoco cometería el delito. Con todo, lo normal es que una sentencia injusta sea, a su vez, contraria a la ley.

Por resolución injusta hemos de comprender aquella que es contraria al ordenamiento jurídico, pero con un plus de antijuridicidad que caracteriza al delito, de modo que su conculcación sea palmaria, evidente, clamorosa, grosera, y en definitiva, pueda ser apreciable por cualquiera (ATS de 14 de mayo de 2002). La jurisprudencia ha subrayado que una sentencia o resolución injusta no sólo debe ser antijurídica, sino que debe ser demostrativa de tal grado en el apartamiento de la función que corresponde a su autor en el Estado de Derecho, que se ha recurrido a efecto de su calificación a adjetivaciones de la antijuridicidad tales como «flagrante y clamorosa», «clara y manifiestamente contraria a la ley», «esperpéntica», «grosera», «que pueda ser apreciada por un lego», etc.

El Tribunal Supremo, por lo general, equipara los términos «injusticia» y «contrario a la ley» (STS de 3 de mayo de 1986), refiriéndose a que la injusticia constituya de modo claro e indiscutible violación del precepto legal (SSTS de 25 de enero de 1911 y 31 de enero de 1914). En la citada sentencia de 1986 el Tribunal Supremo entendió que el juez «no resolvió injustamente porque estaba autorizado a hacer lo que hizo». No deja ello de ser un criterio basado en legalidad simplemente formal, lo que plantea el interrogante de los casos en que la Ley otorga una cierta discrecionalidad al juzgador y éste hace mal uso de ella. No cabe duda de que en estos supuestos existe un difícil control penal de la actuación judicial por el hecho de estar ajustada a la legalidad formal, aunque la resolución pueda ser injusta.

En general el problema surge en situaciones en que aplicando estrictamente el derecho positivo, se llegue a soluciones no deseables (injustas desde el punto de vista material) y correlativamente, que no se pueda calificar como prevaricación una decisión materialmente injusta que respete formalmente la legalidad (*summum ius, summa iniuria*).

En aquellas situaciones en las que se busca la justicia desbordando los límites de la ley, la decisión es compartible desde un concepto metalegal de justicia, pero supone desviación del sentido de la ley aplicable. No se puede aceptar el juez que hace justicia por encima de la legalidad, porque no se corresponde con el modelo judicial de sumisión a la ley que caracteriza a nuestro sistema y porque supone una visión sacralizada de la justicia, en desacuerdo con el Estado de Derecho, y abierta oposición a los postulados de legalidad que en general consagra la Constitución Hondureña⁽¹²²⁾. Y es que de otro modo, si la injusticia de la prevaricación se hace depender de un concepto tan abstracto como la justicia material, su inseguridad

(122) Si el juez es partidario del «uso alternativo del Derecho» y pretende rehacer el ordenamiento jurídico, debe colgar la toga y presentarse a las elecciones para el Congreso. Desde la aplicación del Derecho, desde el ejercicio de la jurisdicción, las leyes en vigencia pueden ser interpretadas y adaptadas a la realidad del caso concreto, pero no obviadas e ignoradas.

determinará que sea prácticamente imposible perseguir tal delito. Solo la referencia al derecho positivo permite establecer pautas comprobables de desviación del ejercicio de la función, sin perjuicio de las causas de inculpabilidad o de atenuación que puedan ser aplicables, donde el propio término «con conciencia» del precepto, va a coadyuvar a fijar los límites del delito.

De otro lado, no cabe duda también de la dificultad de calificar la injusticia en resoluciones que, como la sentencia criminal, reposan en juicio de conciencia, en la libre apreciación en conciencia de la prueba practicada (cfr. art. 336 del CPP, que señala que el Tribunal de Sentencia para resolver... sólo tendrá en cuenta las pruebas... (que) serán apreciadas en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica»).

c) *Tipos de resoluciones.* Las resoluciones donde se puede plasmar la injusticia son las sentencias: en juicio criminal (art. 378) o no criminal (art. 379.1).

2. Prevaricación judicial omisiva (art. 380.1 del CP)

Se comete negándose a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley (art. 380.1 del CP).

a) *Negativa a juzgar.* El artículo 193 del CPC determina que «los jueces y tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar, ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito». Es la prohibición del *non liquet* («la cosa no está clara»).

Los Estados de Derecho han abandonado, como fórmula de solución de conflictos, la autotutela (art. 70.II de la CH) y han adoptado fórmulas heterocompositivas a través del arbitraje y, singularmente, del monopolio de la jurisdicción ejercida por jueces y tribunales. La obligación de éstos de dar una solución al conflicto, de proporcionar al ciudadano tutela judicial efectiva, tiene su asidero constitucional (como una de las garantías del enjuiciamiento: art. 90.I de la CH). Los jueces y tribunales, en fin, deberán siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido por las leyes.

La claridad del deber de resolver siempre, determina que no pueda interpretarse literalmente el tipo penal, en el sentido de que solo se criminalice la negativa a resolver fundada exclusivamente en «oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley». Opinión que, sin embargo, no deja de tener un grave escollo en el principio de interpretación restrictiva de la norma penal y en la prohibición de su

extensión analógica. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el juez se niegue a resolver sencillamente «porque no quiere hacerlo», sin más. Sería completamente absurdo excluir, en este caso, la responsabilidad penal porque la negativa a resolver, quebrantando los deberes orgánicos y constitucionales del juez, se funda en razones distintas a las formalmente indicadas por el precepto penal. Negarse a resolver, sin más, porque el juez no quiere hacerlo es, si cabe, más irrazonable y reprochable que negarse a fallar pretextando oscuridad de la Ley.

Parece razonable, no obstante, reconocer que si la Ley penal castiga lo ontológicamente menos grave, con mayor motivo deberá entenderse incluido lo de más gravedad. Y es que, verdaderamente, entre no hacer lo jurídicamente esperado, es decir juzgar, y negarse a juzgar, no parece haber sino una sutilísima diferencia, pues en definitiva lo que se castiga es el negarse a juzgar y no la resolución en que así se manifieste (Orts).

Contrariamente a esta opinión otros autores (Cuello Calón, Muñoz Conde) sostienen que cuando un juez se niegue a juzgar, alegando otras excusas o incluso sin alegar ninguna, no incurrirá en este delito. Opinión que cuenta, en su favor, con la literalidad del artículo 380 del CP que, al incardinar unos concretos pretextos como elementos del tipo determinaría la atipicidad de la omisión por otras causas. Estas conductas podrían ser reconducidas a los tipos de los artículos 383 y 384 del Código Penal (retardo y denegación de justicia), si se dan los presupuestos de estos delitos. En todo caso sería deseable una mayor precisión del precepto penal.

Otra cuestión que discute la doctrina es si «negarse a juzgar» presenta un carácter activo (Bustos, Ferrer, Jaso, Manzanares, Muñoz Conde, Rodríguez Devesa) u omisivo (Orts, Puig Peña, Quintano, Rodríguez Castro). Considerar que estamos ante una acción exige una negativa formal a fallar, un acto positivo denegatorio. Se trataría así de una omisión expresada en forma activa, pues lo que se castiga propiamente es el negarse a juzgar, no el omitir la resolución. En efecto, parece que debe producirse una declaración judicial de no ser posible o procedente resolver por insuficiencia normativa.

Para Orts, sin embargo, no parece imprescindible que siempre haya de producirse una resolución expresa, que en el artículo 380 del CP no se pide, y aunque ello sea lo más usual, nada se opone, según dicho autor, a que la negación a juzgar tenga carácter oral, o a que no se «verbalice» siquiera.

3. Prevaricación judicial culposa (art. 380.2 del CP)

Se produce dictando por negligencia o ignorancia inexcusable una sentencia manifiestamente ilegal (art. 380.2 del CP). El delito culposo de prevaricación requiere

para su existencia dos elementos: uno subjetivo, imprudencia grave o negligencia inexcusable, y un módulo objetivo: la manifiesta ilegalidad de la resolución.

a) *Negligencia inexcusable*. Como apunta Orts, la negligencia o ignorancia inexcusables se han de entender como sinónimos de imprudencia temeraria, o lo que es lo mismo, de la falta de aquella diligencia más elemental exigible a un juez. Esta viene a ser la tesis dominante: se trata de la infracción del mínimo deber profesional y objetivo, de cuidado y de conocimiento (Octavio de Toledo); se produce cuando falta aquella diligencia elemental que es exigible a cualquiera que desempeñe las funciones judiciales (Rodríguez Devesa).

En el artículo 380 se vienen a incluir sólo aquellos errores que el juez diligente y competente no debería padecer, esto es, aquellos que resultarían manifiestos para cualquier otro profesional del derecho con su mismo nivel de conocimientos. El ATS de 14 de mayo de 2002 (RJ 2002\6843), señala:

Con relación al primero (imprudencia grave o negligencia inexcusable), la ley se refiere a la desatención en el desempeño de las labores jurisdiccionales, y no de cualquier entidad, sino de la mayor dosificación jurídica, pues ambas (la imprudencia o la negligencia) están calificadas con los adjetivos «grave» e «inexcusable». En algunas ocasiones, se ha parificado la imprudencia con el actuar (positivo: la acción) y la negligencia con la inacción, esto es, la omisión en el cumplimiento del deber legal, impuesto por el ordenamiento jurídico, pero éste es un tema discutido doctrinalmente, no faltando opiniones que igualan tales conceptos a los que debe asignárseles el incumplimiento de las más elementales cautelas en el desempeño de una actividad humana, que en el supuesto enjuiciado se trata de la debida atención en la función jurisdiccional, a la que pertenecen los querrelados. Inexcusable, significa la más desatenta, clamorosa y descuidada atención en algo que se espera del agente, sin detenerse en sus consecuencias. Grave, en la terminología del Código Penal, se contrapone con leve (imprudencia leve, apostilla dicho texto legal en varios preceptos cuando valora la conducta culposa del agente), y significa una desatención intensa, sustancial, perceptible fácilmente, de una gran entidad, siendo ambos módulos subjetivos, los cuales que deben ser apreciados judicialmente, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados.

b) *Manifiesta ilegalidad de la resolución*. El carácter ilegal ha de ser en este caso absolutamente manifiesto, lo que implica un reforzamiento de la ilegalidad por expreso imperativo del tipo. No basta, pues, una ilegalidad más o menos discutible, sino que debe tratarse de una sentencia, sobre cuya ilegalidad no se proyecte el menor atisbo de sombra; ilegalidad que habrá de ser notoria a los ojos de un juez de formación media, no a los del juez que dictó la sentencia –pues entonces estaríamos ante una prevaricación dolosa–, y tampoco a los de personas superficialmente entendidas en Derecho, como ha afirmado la sentencia de 13 de enero de 1948.

El Tribunal Supremo ha entendido por ilegalidad manifiesta aquella que no pueden explicarse por una interpretación razonable, siquiera sea equivocado el juicio de la ley que se aplica, sino por el contrario, resalta de un modo claro e indiscutible,

lógica y racionalmente la notoria violación de un precepto legal (SSTS de 19 de febrero de 1891 y 23 de febrero de 1915), adjetivando de inexcusable la ignorancia cuando la ilegalidad de la resolución dictada sea tan patentemente contraria a la ley que quede de relieve el absoluto desconocimiento de la misma y excluya toda razonable interpretación (SSTS de 24 de abril de 1912 y 30 de mayo de 1941); y coherentemente ha recalcado que el error en la interpretación o aplicación de las leyes es insuficiente para dar vida al tipo (STS de 31 de enero de 1914).

El ATS de 14 de mayo de 2002 (RJ 2002\6843) resume la jurisprudencia sobre qué ha de entenderse por manifiesta ilegalidad o injusticia de la resolución:

El tipo penal requiere que tal injusticia sea manifiesta, es decir, que conculque de forma palmaria el ordenamiento jurídico. Pues bien, conforme a la jurisprudencia, la injusticia que se predica del delito doloso no es simplemente la transgresión de la ley, sino que es partícipe de un plus de antijuridicidad, de modo que sea «clamorosa», «esperpéntica», «grosera». Fácil es suponer que si tales adjetivos se predicen de ese elemento objetivo –la injusticia de la resolución– en el delito doloso de prevaricación, mayor dosificación antijurídica tiene que comprenderse en la interpretación del precepto contenido en el artículo [380.2 del CP hondureño], por razón de calificarse (en la propia mención legal) como resolución «manifiestamente injusta [o ilegal]»; mucho más que injusta [o ilegal].

En pocas ocasiones, esta Sala ha tenido la oportunidad de dictar pronunciamientos que generen doctrina legal sobre el delito de prevaricación culposa. Citaremos las últimas sentencias al respecto: en la STS 23 de octubre de 2001, a propósito de la modalidad culposa se dijo: «no sólo porque por desafortunada y errónea que fuera esta resolución judicial, ello no permite inferir que su autor desconozca hasta los más esenciales rudimentos de su profesión pública de modo que su incultura jurídica le hagan incompatibles con el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ya que lo que el precepto penal tipifica es una ignorancia clamorosa, manifiesta y palmaria, que, de ninguna manera puede atribuirse por una decisión incorrecta». Por su parte, la STS 26 de febrero de 2002, declara: «la discutible cobertura legal de esta decisión no es suficiente para conceptuarla como tal a sabiendas ni tampoco puede calificarse de manifiestamente injusta o de ignorancia inexcusable», pues las resoluciones dictadas «no constituyen un apartamiento descarado del principio de legalidad ni una interpretación totalmente irrazonable de las normas que sustentaban la decisión cuestionada».

e) Presupuestos procesales

El procedimiento para perseguir la prevaricación judicial es el antejuicio regulado en los artículos 420 a 423 del Código Procesal Penal y su objeto es averiguar si los hechos atribuidos a un funcionario de orden judicial revisten caracteres de delito.

C) La prevaricación de funcionarios administrativos

Los artículos 379.2 y 380.3 del CP sancionan, respectivamente, las modalidades dolosa y culposa de la prevaricación de los funcionarios administrativos.

En una y otra podemos remitirnos a lo dicho respecto a las modalidades dolosa y culposa de la prevaricación judicial, puesto que, salvo en lo relativo al sujeto activo, los elementos son idénticos: en la modalidad dolosa la acción consiste en dictar resolución, acuerdo o decreto «contrario a la ley» y «con malicia y conciencia de su injusticia»; y en la modalidad culposa la acción consiste en dictar acuerdo o resolución «manifiestamente ilegal» «por negligencia o ignorancia inexcusable».

D) La prevaricación de profesionales del Derecho

Para que la Administración de Justicia pueda funcionar conforme a las reglas, es necesario asegurar un mínimo de corrección y lealtad en quienes, como representantes y asesores técnicos de las partes, son llamados a colaborar con los órganos judiciales (ANTOLISEI, CONDE-PUMPIDO, MAGALDI). De ahí la necesidad de sancionar como «prevaricación» determinados comportamientos de tales sujetos, entorpecedores del normal desarrollo del proceso o desleales para con sus clientes. Ya el Título XV del Digesto llevaba por rúbrica «sobre la prevaricación», referida al acusador en un juicio público, indicando que *«prevaricador es como si se dijera que varica, es decir, que anda con las piernas separadas, y ayuda así a la parte contraria traicionando a la que en él confía»*. Y, en las Partidas de Alfonso X El Sabio se señala que *«prævaricator en latin tanto quiere dezir en romance, como abogado que ayuda falsamente a la parte por quien aboga: e señaladamente, quando en poridad ayuda e conseja a la parte contraria [...] Onde dezimos, que tal abogado como este, deve morir como aleuoso»* (Partida III, Título VI, Ley 15).

Las conductas prevaricantes previstas en el Código Penal respecto a los profesionales del Derecho se limitan a las consistentes en perjudicar al cliente (art. 381), revelar sus secretos (art. 381) y practicar una doble defensa o representación (art. 382). No se incriminan, sin embargo, otros comportamientos de estos profesionales dignos de reproche penal y que suponen graves atentados al proceso, como por ejemplo:

- a) No comparecer, sin justa causa, ante un Juzgado o Tribunal en proceso criminal, provocando la suspensión del juicio (tipificado en el art. 463.2 del CP español).
- b) Destruir, inutilizar u ocultar documentos de los que hubiere recibido traslado (tipificado en el art. 465.1 del CP español).
- c) Revelar actuaciones procesales declaradas secretas (tipificado en el art. 466.1).

a) Sujeto activo

Las tipologías que examinamos se configuran como delitos especiales en

sentido propio (STS de 25 de abril de 1988), en cuanto establecen una limitación subjetiva en orden a su autoría (STS 16 de mayo de 1992): ser notario, abogado, licenciado en ciencias jurídicas y sociales o procurador (STS de 10 de septiembre de 1992) y se refieren a conductas realizadas en el ejercicio de sus funciones profesionales (GONZÁLEZ CUSSAC, LUZÓN, MUÑOZ CONDE, ORTS, QUERALT).

En consecuencia, se excluye la coautoría y la autoría mediata de un *extraneus*, pero no la hipótesis de su participación *stricto sensu* como inductor o cooperador (GONZÁLEZ CUSSAC, MUÑOZ CONDE y STS 24 de junio de 1994).

De cuanto se ha dicho se desprende que, para dar vida al delito, es necesario que haya existido, o exista en ese momento, una relación cliente-profesional entre la víctima y el sujeto activo. El desconocimiento sobre la existencia de dicha relación (error de tipo) si bien infrecuente, excluye el dolo y la responsabilidad criminal (cfr. STS de 10 de marzo de 1992); todo lo más, si el error fuere vencible, dejaría subsistente el tipo de injusto del delito imprudente (art. 381 del CP). Debido a la propia formación jurídica de los sujetos activos de las conductas examinadas, parece inviable la estimación del error de prohibición; en todo caso nos encontraríamos ante una ignorancia profesional inexcusable (esto es, grave) por su parte.

b) Bien jurídico

Ha sido generalmente admitido por la doctrina que el bien jurídico protegido, de naturaleza funcional, es el correcto ejercicio de la Administración de Justicia (BUSTOS, FELIP, LUZÓN, MELÉNDEZ), el cual puede ser lesionado por quienes como abogados y procuradores, aun sin participar en el ejercicio de la función jurisdiccional, sí intervienen en una posición privilegiada que les permite perturbarla, pervertirla y distorsionar sus fines. Sin embargo, lo dicho no resulta aplicable a los notarios y otros profesionales del Derecho que pueden cometer estos delitos sin haber tenido la más mínima relación con la Administración de Justicia. De ahí que tengan razón quienes sostienen que la tutela excede este ámbito y tiene aquí un alcance específico relativo al «correcto quehacer profesional» de abogados, procuradores y demás profesionales del Derecho, «en beneficio, primordialmente, de sus clientes» y, también, en su caso, de la propia Administración de Justicia (GONZÁLEZ CUSSAC, ORTS).

Según la jurisprudencia, se protege aquí «el deber de colaboración a la actividad jurídica de los particulares, deber al que vienen específicamente obligados los abogados y procuradores en el correcto y legítimo ejercicio de sus profesiones» (SSTS de 9 de octubre de 1972 y 29 de diciembre de 1973). La infracción de este deber «no es meramente formal: su punición viene impuesta como garantía de la exigencia legal y ética de lealtad profesional e implica un quebranto, siquiera fuere

potencial, de los intereses del cliente» (SSTS de 6 de julio de 1970 y 29 de diciembre de 1973). De ahí que se hable de «quebranto de los sagrados deberes de lealtad para con aquellas personas que pusieron en sus manos, que debieran suponerse expertas y celosas, la gestión judicial de sus intereses» (STS de 27 de noviembre de 1950); de «faltar a un principio esencial de lealtad, que es la base fundamental y primaria de esta figura delictiva» (SSTS de 11 de mayo de 1989 y 20 de enero de 1994); y de la exigencia deontológica de que el abogado y procurador posean unos «conocimientos científicos propios de su profesión, no pudiendo, por falta de conocimientos, ser rémora para la Administración de Justicia ni perjudicar a su cliente» (STS de 11 de octubre de 1989).

c) Perjudicar al cliente

La causación de un perjuicio (junto con la revelación de secretos del cliente), en sus modalidades dolosa y culposa se contemplan como «prevaricación» de notarios, abogados, licenciados en ciencias jurídicas y sociales, y procuradores, en el artículo 381 del Código Penal en los siguientes términos:

Se sancionará con reclusión de dos (2) a cuatro (4) años, más inhabilitación especial por el doble del tiempo que dure la reclusión, el notario, abogado, licenciado en ciencias jurídicas o sociales o procurador que por abuso en el desempeño de su mandato o por negligencia o ignorancia inexcusable perjudica a su cliente o descubre secretos del mismo que ha conocido debido al ejercicio de su profesión.

a) *Tipo objetivo.* La conducta típica consiste en «perjudicar a su cliente». Exige, pues, un resultado que no se presume (MAGALDI). El perjuicio a que se refiere este precepto comprende tanto el detrimento patrimonial, evaluable económicamente en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante, cuanto los perjuicios de otra índole, fundamentalmente morales (SSTS de 4 de julio de 1968, 11 de abril de 1977, 30 de octubre de 1980, 10 de septiembre de 1992). Incluso cuando se den o estén en juego intereses crematísticos, basta constatar que el demérito patrimonial existe, sin necesidad de cuantificarlo o cifrarlo exactamente (STS de 3 de abril de 1974). Más aún, como bien dice la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1989, «el Código Penal no exige que el perjuicio sea irreparable».

El ámbito de actuación profesional incriminado se ha concebido ampliamente, abarcando tanto las actuaciones ante los Tribunales y otras conexas, como toda clase de actividades extraprocesales (defensa técnica extrajurisdiccional, consejo y asesoramiento jurídico, etc.).

No ofrece problemas la posibilidad de realización omisiva. La jurisprudencia ha sentado que «dicha cuestión es totalmente clara, toda vez que, el comportamiento lesivo característico de los intereses que el legislador quiere proteger es el omisivo» (STS de 10 de noviembre de 1990).

b) Tipo subjetivo. La conducta típica ha de tener su origen, según la terminología del Código, en un «abuso en el desempeño de su mandato», por parte del profesional, o en su «negligencia o ignorancia inexcusable»; términos estos últimos aplicables a la actuación profesional que «se hubiere llevado a término con desconocimiento total e indispensable de las prácticas habituales propias del ejercicio de la abogacía» (STS de 25 de junio de 1993) o de la procura. Es decir, ha de ser generada por un comportamiento doloso o por imprudencia grave (STS de 10 de septiembre de 1992).

Sólo a título ejemplificativo, la jurisprudencia ha entendido que se comete este delito por conducta dolosa del abogado que, tras redactar a sus clientes un contrato de compraventa aconsejándoles poner precio menor del real, formuló contra ellos demanda de retracto en nombre del arrendatario (STS de 29 de abril de 1963); o del que confeccionó una sentencia inexistente, estimando la demanda, para engañar a su cliente (STS de 10 de septiembre de 1992). Y apreció negligencia inexcusable (o, si se prefiere, imprudencia grave) en el abogado que, por su inactividad dejó prescribir la acción extracontractual (STS de 4 de julio de 1968) u otras acciones civiles (STS de 11 de octubre de 1989); o no consignó el dinero que le entregó su cliente para pagar al demandante (SSTS de 31 de enero de 1970 y 11 de abril de 1977); o no hizo efectivo el importe de las liquidaciones de Hacienda que le habían encomendado, sin recurrir tampoco contra ellas (STS de 1 de abril de 1970); o no abonó las costas para cuyo pago recibió de su cliente la provisión de fondos, provocando la continuación del procedimiento de apremio (STS de 11 de marzo de 1986).

Respecto del procurador, se ha estimado dolosa su conducta al no consignar la cantidad entregada por su cliente para enervar el desahucio y evitar el lanzamiento (STS de 27 de noviembre de 1950). Y se consideró negligencia inexcusable el hecho de no prestar la fianza exigida para un embargo preventivo por él solicitado, pese a haber recibido de su cliente la cantidad oportuna (STS de 30 de octubre de 1980); o ausentarse de su domicilio sin disponer las medidas que le permitieran informarse de los requerimientos del correo (STS de 10 de noviembre de 1990).

En la modalidad dolosa caben formas imperfectas de ejecución: *v. gr.* intentar pactar con la parte contraria para perjudicar al cliente sin conseguirlo; no así en la actuación negligente (GARCÍAS PLANAS).

c) *Concurso*. Algunas resoluciones parecen desplazar (aunque no de modo expreso) la apropiación indebida (cfr. las SSTs de 31 de enero de 1970, 11 de abril de 1977 y 30 de octubre de 1980). Otra (STS de 27 de diciembre de 1963), por el contrario, rechazó explícitamente la «prevaricación» y estimó sólo la existencia de apropiación indebida: «calificados de delito de apropiación indebida los hechos que en definitiva se declaran probados, queda automáticamente absorbido, y, por tanto, eliminado el delito de prevaricación, que responde a otros supuestos de hecho de menor gravedad».

QUERALT, con razón, estima que ello supone un privilegio inexplicable y considera que en tales casos tiene lugar un concurso ideal de delitos (también GARCÍAS PLANAS). En esta línea la STS de 27 de noviembre de 1950 confirmó la condena por prevaricación y apropiación indebida de un procurador que, habiendo recibido dinero de su mandante para enervar la acción de desahucio, no lo hizo, dando lugar a la sentencia condenatoria y al lanzamiento de su cliente. Por su parte, la Audiencia Provincial de Granada (Sección 1.ª), en sentencia de 5 de mayo de 1990, apreció la existencia del delito de apropiación indebida en concurso con la prevaricación de un abogado a quien, en el desempeño de su profesión, se había encomendado por una empresa el cobro de clientes con la obligación de entregar el importe a su comitente, y, lejos de hacerlo así, dispuso en su particular provecho de las cantidades percibidas.

El propio Tribunal Supremo sí que ha estimado el concurso de la prevaricación con la falsedad en documento público (STS de 10 de septiembre de 1992); y la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 1.ª), consideró la existencia del delito de estafa y prevaricación (sentencia 6 de febrero de 1990).

d) Revelar los secretos del cliente

El artículo 381 del Código Penal (anteriormente transcrito) incluye entre las conductas prevaricantes de los profesionales del Derecho la de «descubrir los secretos de su cliente», conocidos en el ejercicio de su profesión. Se trata de un comportamiento pluriofensivo: «es pura deslealtad al cliente», además introduce un elemento de perversión en el proceso que afecta a la función jurisdiccional «en cuanto quebranta la garantía de sigilo y discreción necesaria a las actuaciones judiciales» y, en todo, caso, «lesiona la intimidad del cliente» (MAGALDI).

a) *Tipo objetivo*. La conducta desleal aquí sancionada estriba en que el profesional del Derecho «descubra los secretos de su cliente». Es de hacer notar, en punto a esta cuestión, la vital importancia que tiene el factor «confianza» en el marco de las relaciones surgidas entre el cliente y los profesionales a los que acude para representar y defender sus intereses. Como presupuesto de tal «confianza» ha de

existir en el cliente una certeza, avalada y amparada por el propio ordenamiento jurídico, de que dichos profesionales no revelarán aquello que les confía en su relación. A tal fin, surgen necesarias disposiciones de derecho positivo «protectoras» del derecho al secreto profesional (p. ej., la dispensa de declarar como testigo del art. 228, antepenúltimo párrafo, del CPP), y otras «sancionadoras» de la revelación del mismo (art. 381 del CP).

El núcleo fundamental de este tema es el concepto de secreto. Por tal ha de reputarse todo aquello relacionado con la intimidad o la actividad profesional del cliente que, siendo conocido únicamente por éste o por un grupo reducido de personas, desea que no trascienda a los demás (ORTS). Puede referirse, en fin, a cualquier extremo de la vida personal, familiar o laboral del cliente que éste mantenga en la esfera de la reserva (por ejemplo su condición de homosexual, la existencia de un hijo extramatrimonial, etc.).

A los efectos del tipo basta con que el conocimiento del abogado o procurador se alcance en el ejercicio de su relación profesional con un cliente, pudiendo surgir de una mera consulta jurídica, en el despacho o en otro lugar, siendo indiferente la fuente de tal conocimiento. En consecuencia, da igual que se lo haya hecho saber el propio cliente o lo conozca a través de otras personas, documentos, etc.; y ni siquiera es necesario que el secreto guarde relación con el asunto jurídico encomendado.

En cuanto a la acción de descubrir, no se exige una especial publicidad. Es suficiente la revelación a una persona y con el mayor sigilo; basta incluso la utilización o aprovechamiento por el propio abogado o procurador de los conocimientos obtenidos, que no son sino formas indirectas de desvelar los secretos (cfr. la STS de 29 de abril de 1963).

Finalmente, esta modalidad delictiva no precisa la producción de resultado. Aunque lo más frecuente será que el descubrimiento de los secretos cause un perjuicio al cliente, su ausencia no determina la atipicidad de la conducta (GONZÁLEZ CUSSAC, ORTS); de ahí que GARCÍAS PLANAS justifique su incriminación por «el interés social».

b) Tipo subjetivo. En el Código Penal aparecen sancionadas tanto la comisión dolosa como culposa (de «abuso en el desempeño de su mandato» y «negligencia o ignorancia inexcusables» se habla en el texto del art. 381 de dicho Código). La modalidad dolosa admite formas imperfectas de ejecución como tratar de revelar los secretos del cliente a través de una carta que no llega a su destino y es devuelta al remitente (GARCÍAS PLANAS).

c) *Causas de justificación.* Como es natural, la autorización del cliente, relevando al abogado o procurador de su deber de secreto, excluye lo ilícito (CONDE-PUMPIDO), pudiendo plantearse no sólo la justificación, sino incluso la atipicidad de la acción de descubrir emprendida en esas circunstancias (SÁNCHEZ OCAÑA).

El Tribunal Supremo, en declaración *obiter dicta*, considera que «el descubrimiento del secreto en beneficio precisamente del cliente (para obtener, por ejemplo, una sentencia absolutoria) difícilmente podría tener cabida en el campo penal» (STS de 10 de septiembre de 1992). Frente a ello, sostiene MUÑOZ CONDE que «la ley no exige ningún ánimo especial en este tipo de delito, por lo que cabe apreciarlo aunque el descubrimiento del secreto beneficie la posición jurídica del cliente (por ejemplo revelar una impotencia del acusado de estupro sin autorización del acusado)».

Es posible pensar con MELÉNDEZ en una legítima defensa cuando el propio cliente ataque derechos personalísimos del letrado. La obligación de guardar secreto cede ante la necesidad de defensa del propio abogado cuando es objeto de acusación por su cliente. El estado de necesidad se admite excepcionalmente por la doctrina como justificación para el descubrimiento del secreto cuando se trate de evitar la condena de un inocente (GARCÍAS PLANAS, ORTS, RODRÍGUEZ DEVESA). Surge aquí la controvertida teoría del conflicto de intereses, a resolver en el sentido de que el profesional, aun en estos casos, no tiene obligación alguna de revelar los secretos, ni siquiera con la intención de evitar un mal mayor, pues se encuentra amparado por la obligatoriedad de guardar secreto y por su exención de declarar; pero a su vez, si los revelare, podría apreciarse el estado de necesidad y su conducta tendría cobijo, además, en el carácter imperativo del deber de impedir la comisión de determinados delitos como auxilio necesario (MELÉNDEZ).

e) La doble defensa o representación

Esta conducta se encuentra tipificada en el artículo 382 del Código Penal:

El profesional del Derecho o procurador que haya actuado o esté actuando como mandatario de una persona y represente sin el consentimiento de ésta a la parte contraria o la aconseja en el mismo asunto, será sancionado con reclusión de tres (3) a cinco (5) años.

Se configura como tipología de mera actividad; basta con la realización de la conducta prohibida, sin necesidad de resultado (MAGALDI). Aunque para GONZÁLEZ CUSSAC siempre se requerirá que el «patrocinio infiel» suponga un perjuicio para los derechos del cliente, lo cierto es que de la letra de la ley no se desprende tal

exigencia (GARCÍAS PLANAS, QUERALT, MELÉNDEZ, SÁNCHEZ OCAÑA). Se trata de un delito de peligro respecto de los intereses del cliente (BUSTOS), cuya base está en la falta de ética profesional (QUERALT). El Tribunal Supremo, tras señalar la «inmoralidad de la doble defensa» (STS de 20 de enero de 1969) afirma que ésta «implica un quebranto, siquiera fuere potencial, de los intereses del primitivo cliente por aprovechamiento en su contra de datos y ventajas adquiridos por aquél por razón de su oficio» (STS de 6 de julio de 1970), lo que parece confirmar la idea de que es éste un delito de riesgo (SÁNCHEZ OCAÑA).

ORTS defiende que pesa más, y ha de darse aquí mayor relevancia, al derecho material del cliente que a la violación formal del deber profesional. De ahí que exprese su total conformidad con la STS de 6 de julio de 1970 en cuanto establece que no nos encontramos ante una infracción meramente formal, sino ante la previsión de una posible utilización, en perjuicio del cliente, de los conocimientos obtenidos por el abogado o procurador en su relación profesional con él; por contra, critica dicho autor las SSTS de 9 de octubre de 1972 y 29 de diciembre de 1973, pues consideran «prevalente en esta figura delictiva la lesión del deber profesional sobre la lesión del derecho (del cliente)».

a) *Tipo objetivo.* El comportamiento típico consiste en que el profesional del Derecho o el procurador, asesore, defienda o represente, simultáneamente o no en el mismo asunto, a las dos partes que mantienen intereses contrapuestos, sin su consentimiento (las SSTS 9 de octubre de 1972 y 29 de diciembre de 1973 enumeran los requisitos del tipo). Debe haber, pues, una efectiva y aceptada relación profesional entre el sujeto activo y quienes en un mismo asunto mantienen posiciones enfrentadas; bien entendido que las consultas previas para hacerse cargo del caso o rechazarlo no integran este delito (QUERALT, RODRÍGUEZ DEVESA, SÁNCHEZ OCAÑA).

La jurisprudencia, en las muy contadas ocasiones que ha llegado a pronunciarse, interpretó restrictivamente la acción, exigiendo actos de postulación y excluyendo los de mero estudio, sin llegar a emitir dictamen (STS de 22 de diciembre de 1962) o intervención en la ejecutoria sin contención ni oposición (STS de 6 de julio de 1970); doctrina que trae origen de una antigua opinión de PACHECO, aunque para CONDE-PUMPIDO «no parece acomodarse al principio de lealtad procesal». Naturalmente, si durante una consulta se comunicaron secretos que luego se utilizan o descubren a la parte contraria, estaremos ante un delito de revelación del secreto profesional (QUINTANO).

El verbo «aconsejar» viene generalmente entendiéndose en el amplio sentido que acostumbra a recibir en el ejercicio de la profesión: el de dirigir en el aspecto técnico-legal, bien sea en el proceso o en asuntos extraprocesales (MUÑOZ CONDE,

ORTS, QUERALT, RODRÍGUEZ DEVESA, SÁNCHEZ OCAÑA), aunque se haga a través de la colaboración con otro abogado (STS de 9 de octubre de 1972). El delito se consuma con el simple consejo o asesoramiento técnico de la parte contraria (BUSTOS, ORTS y STS de 11 de mayo de 1989), de forma que el doble asesoramiento queda también incluido en el tipo (FERRER, QUERALT), sin que sea precisa la realización de actos que trasciendan al exterior, como presentación de escritos, pronunciar informes, etc. (CONDE-PUMPIDO, SÁNCHEZ OCAÑA, RODRÍGUEZ DEVESA).

Para el procurador no será bastante el mero hecho de estar designado en el poder de la parte contraria. La aceptación supone hacer uso del mismo (cfr. art. 7 del CPC), llevando a cabo actos de efectiva representación. No se olvide que en el uso forense los poderes se otorgan de ordinario a varios procuradores, por lo que, con frecuencia, puede resultar que un mismo procurador tenga poder de las dos partes en litigio, aunque actúe sólo como causídico de una de ellas.

Es posible la participación de otro profesional como cooperador necesario, actuando como abogado interpuesto. Así lo estimó la STS de 11 de mayo de 1989: un letrado (apoderado de distintos organismos públicos) «procuró la defensa (o al menos el consejo) en favor de personas particulares en litigios interpuestos contra su mandante, valiéndose para ello de la colaboración de otro profesional de la curia», quien «puso a disposición del otro procesado su firma y la apariencia de su intervención en los respectivos procedimientos judiciales». No caben formas imperfectas de ejecución (QUERALT, SÁNCHEZ OCAÑA).

Las agravantes de precio y abuso de confianza son inherentes a la descripción del tipo y, por tanto, inapreciables. Dice a este propósito la STS de 11 de mayo de 1989 que «es difícil concebir una acción prevaricadora de las características descritas en el artículo 361 (*art. 382 del CP hondureño*), sin la obtención, a cambio, de unas determinadas prebendas, con lo que su obtención está incluida en el propio tipo delictual y no deben ser sumadas por añadidura»; y que «de una simple lectura de la norma que contiene el tan repetido artículo no puede inferirse otra cosa que sin ese abuso de confianza tal delito sería imposible de ser cometido, ya que su principal sustento consiste en la deslealtad».

b) Tipo subjetivo. Predomina la consideración de que nos encontramos ante un delito exclusivamente doloso (GARCÍA PLANAS, MAGALDI, QUERALT, SÁNCHEZ OCAÑA). De «dolo específico» habla la STS de 20 de enero de 1994, «constituido por el hecho de defender profesionalmente como abogado a dos partes enfrentadas en un mismo negocio con conciencia y voluntad de lo que se hacía». El Código Penal no contempla expresamente la modalidad imprudente y, por ende, ésta no resulta punible (art. 13 del CP).

c) *Causas de justificación*. El consentimiento del primeramente asesorado, defendido o representado se recoge en el texto como exclusión de la tipicidad; si bien ha de ser anterior a la asunción de las nuevas tareas con la otra parte (STS de 20 de enero de 1969) y expreso (STS de 20 de enero de 1994). De ello ha inferido BUSTOS RAMÍREZ el predominio del aspecto «microsocial» de este delito, ya que si lo fundamental fuera el daño a la colectividad carecería de relevancia el consentimiento del cliente. SÁNCHEZ OCAÑA apunta como causa que determina la atipicidad, «la ausencia de contraposición de intereses entre las dos partes del negocio en cuanto determina la falta de riesgo y, por ende, la necesaria *ratio legis* fundamentadora de la represión penal» (STS de 6 de julio de 1970).

d) *Concurso*. El concurso con la estafa se hace difícil, según los casos. Uno de los requisitos esenciales para que pueda producirse ese delito es el «engaño», y si éste consiste aquí «en el aprovechamiento de la cualidad de [procurador, abogado o profesional del Derecho] de una de las partes para defender [o representar] a la contraria, tal mendaz actuación está comprendida en el delito de prevaricación del artículo 382, sin posibilidad alguna de ser desdoblada en dos actos distintos (siendo único) y aplicada a dos tipos delictivos tan diferentes» (STS de 11 de mayo de 1989).

7. DENEGACIÓN Y RETARDO DE JUSTICIA

A) Retardo judicial malicioso o irresponsable

Artículo 383: «*El Juez que no dé curso a una solicitud, demanda, acusación, querrela o denuncia presentada en legal forma o que retarde maliciosa o irresponsablemente la administración de justicia, será sancionado con inhabilitación especial de tres (3) a seis (6) años*».

En gran parte de las legislaciones se incluye este retardo malicioso del juez como uno de los supuestos de prevaricación judicial. Se trata de una conducta omisiva referida a la comisión dolosa (retardo malicioso), pues gira en torno a unos verbos («no dar curso» o «retardar maliciosamente») de marcado acento intencional. Sin embargo, el texto penal también acoge la posibilidad de que el retardo se produzca «irresponsablemente», lo que abona la tesis de una posible responsabilidad por culpa o negligencia grave.

Es un tipo extremadamente vago. La STS de 21 de marzo de 1918 lo trató de precisar al indicar que el retardo en la administración de justicia no conforma por sí solo este delito, sino que es preciso que sea malicioso, esto es, causado con el propósito deliberado de perjudicar a una de las partes interesadas (SSTS de 21 de

marzo de 1918 y 6 de marzo de 1918), y no por ignorancia. De no existir «malicia» o «irresponsabilidad», entendida esta última como negligencia grave, la conducta solo sería sancionable mediante corrección disciplinaria del juez (STS de 11 de abril de 1889).

B) No adoptar medidas para la persecución de los delincuentes

Artículo 384: *«El funcionario o empleado público que faltando a las obligaciones de su cargo no adopte las medidas necesarias para lograr la detención y enjuiciamiento de un presunto delincuente, será sancionado con multa de treinta mil (L. 30,000.00) a sesenta mil Lempiras (L. 60,000.00) e inhabilitación de tres (3) a seis (6) años».*

Es un delito propio de omisión en el que la autoría viene limitada a los funcionarios o empleados públicos que, por razón de su cargo, deban promover o adoptar medidas para la persecución (detención y enjuiciamiento) de los delincuentes (p. ej. Ministerio Público, Agentes de Policía, Secretarios Judiciales, funcionarios de los juzgados y tribunales, etc.). Alguna antigua sentencia del Tribunal Supremo español mantuvo que el tipo es también aplicable a los jueces (por ejemplo, la STS de 8 de mayo de 1912, que trataba de un juez municipal que, por no celebrar juicios de faltas, dio lugar a la prescripción de éstos). La STS de 9 de octubre de 1969 indicó que, si bien «la función de promover la persecución y castigo de los delincuentes... correspondía al juez en primer lugar, también correspondía en este caso a los funcionarios del juzgado, que con sus correspondientes cometidos auxiliaban al juez por ministerio de la Ley, pudiendo entenderse como una delegación en tal sentido del juez a sus auxiliares...».

Como sujeto pasivo se ha señalado a la colectividad (Queralt). Es un delito exclusivamente doloso.

La situación típica generadora del deber de actuar surge aquí de la existencia de un delincuente (Orts y STS de 27 de diciembre de 1932), hallándose comprendidos tanto los reos de delito como los de falta (Cuello Calón).

En cuanto a la acción omitida, se trata de las medidas necesarias para lograr la detención y enjuiciamiento de los presuntos delincuentes, esto es, se infringe la norma cuando el funcionario no promueva, mediante las acciones que le competan, su persecución. Se ha precisado, no obstante, que la simple «demora» no es suficiente (STS de 18 de marzo de 1942), siendo necesario un abandono de la persecución, habiéndose fijado la consumación en aquel momento en que haya transcurrido suficiente tiempo como para poder estimar racionalmente que la

pasividad se debe al designio de no actuar conforme al deber (Ferrer). Si el sujeto activo es un Juez, el «retardo» reconduciría los hechos al tipo del artículo 383.

Lección 6: Delitos contra la Constitución, contra los derechos y libertades fundamentales y contra la humanidad (tortura y genocidio).

Capítulo I. Delitos contra la Constitución

Examinaremos aquí los delitos que formalmente atacan de modo más directo y absoluto el sistema político diseñado por la Constitución y la ordenación y relaciones entre los Poderes del Estado. Concretamente, serán objeto de análisis los delitos de rebelión, sedición, los delitos contra los altos funcionarios del Estado y los que afectan directamente a la forma de Gobierno, todos ellos incluidos entre los Delitos contra la seguridad interior del Estado.

1. REBELIÓN

El artículo 336 dispone:

Son reos de rebelión quienes se alzan en armas para derrocar al gobierno legalmente constituido o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente en lo que se refiere a la formación, funcionamiento o renovación de los poderes públicos.

Los promotores, dirigentes o cabecillas del delito de rebelión serán castigados con reclusión de diez (10) a quince (15) años, multa de cien mil (L. 100,000.00) a doscientos mil lempiras (L. 200,000.00) e inhabilitación absoluta durante el tiempo que dure la reclusión.

Quien por designación de los rebeldes desempeña funciones administrativas o jurisdiccionales, sufrirá las mismas penas rebajadas en un tercio.

Los meros ejecutores de la rebelión incurrirán en reclusión de tres (3) a seis (6) años, más una multa de treinta mil (L. 30,000.00) a cincuenta mil lempiras (L. 50,000.00), si hubiese habido combate entre la fuerza rebelde y la fuerza pública fiel al gobierno o aquella hubieran causado estragos en propiedades particulares, del Estado o de sus instituciones, si hubiera destruido o interrumpido cualquier servicio público, ejercido violencias graves contra las personas, o exigido contribuciones o distraídos los caudales públicos de su

legítima inversión; y en la pena de reclusión de tres (3) a cinco (5) años, más una multa de diez mil (L. 10,000.00) a treinta mil Lempiras (L. 30,000.00) cuando no concurran tales circunstancias.

La proposición y la conspiración para cometer el delito de rebelión serán penadas con reclusión de dos (2) a cuatro (4) años, más una multa de cinco mil (L. 5,000.00) a diez mil lempiras (L. 10,000.00).

A) Concepto y bien jurídico

Rebelión es alzarse en armas con alguna de las finalidades siguientes:

- a) Derrocar al gobierno legalmente constituido
- b) Cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente en lo que se refiere a la formación, funcionamiento o renovación de los poderes públicos.

La rebelión «tiende a atacar el normal desenvolvimiento de las funciones primarias de legislar y gobernar» (STS de 3 de julio de 1991). En esta línea, y señalando la diversidad de bienes jurídicos afines lesionados por este delito, dice la STS de 3 de junio de 1983:

La rebelión en tiempo de paz lesiona, ante todo y fundamentalmente, el orden constitucional, el libre desenvolvimiento de la vida democrática, el ejercicio del poder por quienes legítimamente han accedido al mismo o la integridad territorial de la Nación, bienes todos ellos no específicamente vinculados a los Ejércitos, aunque si confiados a su salvaguarda, sino integrantes del patrimonio moral de la sociedad.

B) Conducta típica

La acción consiste en «alzarse en armas». Gramaticalmente, alzamiento es sinónimo de «levantamiento o rebelión» y levantamiento se define como «sedición, alboroto popular». Alzarse, por tanto, vale tanto como levantarse, desobedeciendo o resistiendo colectivamente al poder establecido (el requisito «colectivamente» se infiere de los plurales utilizados por el tipo y del concepto mismo de alzamiento); alzarse supone romper la relación de sumisión a las leyes y a las autoridades legítimas (Vives Antón).

El alzamiento ha de serlo «en armas», es decir, con las armas en la mano. El concepto «armas» –advirtió la STS de 3 de julio de 1991– «debe entenderse en el sentido amplio y tradicional en que vino siéndolo en nuestro derecho histórico, en el sentido de que debería entenderse comprendidas no solamente las propiamente dichas como son las armas blancas y las de fuego, sino todo instrumento que pueda esgrimirse con propósitos agresivos, por lo que procede la desestimación del

motivo».

Alzarse en armas conlleva un componente violento (como delito de «dinámica tumultuaria y violenta», lo define la STS de 3 de julio de 1991). La violencia ha de ser entendida no como causación de daños en las personas o cosas, sino como empleo de la fuerza física o de la amenaza con usar la fuerza caso de no acceder a las pretensiones de los alzados. Esta actitud amenazadora diferencia la rebelión de una simple manifestación ilegal.

Por último, la rebelión ha de ser pública. La rebelión requiere que la desobediencia, la resistencia sea patente, notoria, conocida de todos, pública, no recatada y, aún más, que los rebeldes expresen declaradamente, abiertamente, su hostilidad con armas en la mano, demostrando con ello el *animus hostilis* que es la médula de la rebelión (Rodríguez Devesa).

La finalidad que han de perseguir los rebeldes es alguna de las previstas en el tipo. Son finalidades alternativas: basta con que se persiga una de ellas para la comisión del delito. No es necesario que el objetivo del rebelde se logre para la consumación del delito. Es éste un delito de resultado cortado, toda vez que la consumación del mismo se adelanta a la puesta en peligro del bien jurídico; lo cual resulta obvio pues la lesión del mismo entrañaría que los rebeldes han triunfado, siendo entonces imposible su castigo: si la rebelión triunfa convierte a los rebeldes en gobernantes y en rebeldes a los que ostentaban legítimamente el poder.

C) Sujeto activo

Estamos ante un delito plurisubjetivo (STS de 3 de julio de 1991), de los denominados de convergencia, en los que las voluntades de sus múltiples autores confluyen en un fin común. En este delito, las participaciones de los alzados puede ser de distinta importancia y a ella precisamente atiende el legislador a la hora de establecer las penas. En concreto, se distinguen hasta tres categorías: a) los promotores, dirigentes o cabecillas, b) los que desempeñen funciones administrativas o jurisdiccionales por designación de los rebeldes, c) los ejecutores de la rebelión, y d) los que proponen y conspiran para cometer el delito de rebelión.

1. *Los promotores, dirigentes o cabecillas.* Pena: reclusión de 10 a 15 años, multa de 100,000.00 a 200,000.00 lempiras, e inhabilitación absoluta durante el tiempo que dure la reclusión.

2. *Los que desempeñen funciones administrativas o jurisdiccionales por designación de los rebeldes.* Pena: las mismas que para los promotores, dirigentes y cabecillas, rebajadas en un tercio.

3. *Los ejecutores de la rebelión.* Las penas se establecen según que hubiese habido combate entre la fuerza rebelde y la fuerza pública fiel al gobierno o aquella hubieran causado estragos en propiedades particulares, del Estado o de sus instituciones, o hubiera destruido o interrumpido cualquier servicio público, ejercido violencias graves contra las personas, o exigido contribuciones o distraídos los caudales públicos de su legítima inversión.

Si concurre cualquiera de las anteriores circunstancias, la pena será reclusión de 3 a 6 años, más una multa de 30,000.00 a 50,000.00 lempiras.

Si no concurre ninguna de tales circunstancias, la pena será de 3 a 5 años, más una multa de 10,000.00 a 30,000.00 lempiras.

Además es de señalar que, exclusivamente para los ejecutores de la rebelión, se aplica la excusa absoluta del artículo 339 del Código Penal, que será objeto de análisis después del delito de sedición, en las disposiciones comunes a ambos.

4. *Los que propusieren o conspirasen para cometer delito de sedición.* La proposición y la conspiración solo son punibles en el caso de que la ley así lo declare expresamente (art. 17 del CP); de ahí que, para sancionar esta conducta en relación con el delito de rebelión, haya de incluirse expresamente en el tipo. Pena: reclusión de 2 a 4 años, más una multa de 5,000.00 a 10,000.00 lempiras.

2. SEDICIÓN

El artículo 337 dispone lo siguiente:

Son reos de sedición quienes sin estar comprendidos en el delito de rebelión se alzan pública y tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales alguno de los fines siguientes:

- 1) *Impedir la celebración de elecciones para autoridades nacionales, departamentales o municipales;*
- 2) *Impedir que tomen posesión de sus cargos los funcionarios legítimamente elegidos o nombrados;*
- 3) *Impedir a cualquier autoridad el libre ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus resoluciones;*
- 4) *Impedir la aprobación, sanción, promulgación, publicación o ejecución de alguna ley;*
- 5) *Realizar algún acto de odio o venganza contra los particulares o contra los servidores del Estado o contra sus bienes con finalidad política o social; y,*

6) *Allanar los centros penales o atacar a los custodios de presos, bien para rescatar o bien para maltratar a éstos.*

Los reos de sedición serán castigados con reclusión de cinco (5) a diez (10) años, multa de cincuenta mil (L. 50,000.00) a cien mil lempiras (L. 100,000.00) e inhabilitación absoluta durante el tiempo que dure la reclusión, si actúan como instigares, cabecillas o dirigentes, y con reclusión de tres (3) a seis (6) años y multa de veinticinco mil (L. 25,000.00) a cincuenta mil lempiras (L. 50,000.00) si fuesen meros ejecutores.

Artículo 338:

La proposición de la conspiración para cometer el delito de sedición serán penadas con reclusión de uno (1) a tres (3) años y multa de tres mil (L. 3,000.00) a seis mil (L. 6,000.00) lempiras.

El delito de sedición tiene una innegable afinidad con la rebelión. Lo prueba que ambos se hallan enmarcados en dos capítulos correlativos dentro de los «Delitos contra la seguridad interior del Estado»; la existencia de disposiciones comunes a ambos delitos, contenidas en los artículos 339 a 342; las finalidades de las dos figuras es la subversión política o social, teniendo las dos un carácter plurisubjetivo y una idéntica dinámica tumultuaria y violenta, existiendo entre ellas una diferencia meramente cuantitativa en razón de los fines perseguidos, en cuanto que, como se ha sostenido por la doctrina, la rebelión tiende a atacar el normal desenvolvimiento de las funciones primarias de legislar y gobernar, mientras que la sedición tiende a atacar las secundarias de administrar y juzgar, razón por la cual por algún autor patrio se ha calificado a la sedición como «rebelión en pequeño» (STS de 3 de julio de 1991).

La STS de 10 de octubre de 1980, hace un repaso histórico y comparado de este delito y dice que, el delito de sedición, forma colectiva y tumultuaria de alzamiento, «rebelión en pequeño» según frase decimonónica, fue conocido en el Derecho Romano con el nombre de *tumultus*; en las Partidas, con el de *asonada* -«*ayuntamiento que hacen las gentes unas contra otras para hacerse mal*»-, y en el Título XI de la Nueva Recopilación, con el de «*juntas tumultuarias*», incorporándose a la legislación codificada en el artículo 280 del Código de 1822, que lo define como levantamiento, ilegal y tumultuario, de un número mayor o menor de personas con el fin de entorpecer la acción gubernamental, encontrándose también en el artículo 174 del Código de 1870 y en los artículos 245 y siguientes del Código de 1932, mientras que el de 1973 le dedica los artículos 218 y siguientes incardinados en el Capítulo IV del Título II del Libro I, siendo conocida la infracción estudiada por otras legislaciones como, v.gr. la inglesa, que lo denomina, «*asamblea sediciosa*» o la alemana, que lo distingue con los apelativos de «*motín*» y «*tropel de gentes*», mientras que en otras se confunde con el delito de rebelión.

La STS de 10 de octubre de 1980 analiza este delito. Se trata de una infracción de actividad o de resultado cortado y también se le califica de delito de tendencia, pues, por una parte, el alzamiento ha de encaminarse necesariamente a la

consecución de alguno de los objetivos señalados en los seis números del artículo 337 del Código Penal hondureño y, por otra, el dicho alzamiento, por sí solo, consume el delito aunque no se hayan logrado los fines propuestos.

Procediendo a su disección, se observa:

a) Que se requiere un alzamiento, esto es, un levantamiento, sublevación o insurrección dirigidos contra el orden jurídico establecido, contra el normal funcionamiento de determinadas instituciones o contra autoridades, funcionarios, corporaciones públicas, clases del Estado, particulares o clases de personas.

b) Que ese alzamiento, ha de ser público, esto es, abierto, exteriorizado, perceptible, y patente y manifiesto y tumultuario, lo que equivale a gregario, amorfo, caótico, anárquico, inorgánico y desordenado o en tropel, aunque nada impediría, según opinión unánime, que de ser organizado y ordenado también se aplicará el precepto analizado.

c) Que el mentado alzamiento se encamine a la consecución de los fines indicados, por la fuerza, esto es, de modo violento –violencia, bien absoluta, bien compulsiva y que tanto puede recaer sobre las personas como sobre las cosas–, o fuerza de las vías legales, es decir, de modo ilícito, ilegítimo o ilegal y no a través de recursos o procedimientos de reclamación o de disconformidad que la Ley arbitre o prescriba.

d) En cuanto al sujeto activo, el número de personas que ha de participar, ha de ser necesariamente plural, pues de otra suerte se confundiría frecuentemente la infracción estudiada con el atentado, la resistencia o la desobediencia. La antigua STS de 2 de julio de 1934 exigió que el número de partícipes no fuera inferior a treinta, y la doctrina más caracterizada, partiendo de que «tumulto» es desorden y confusión producida por un conjunto de personas, sostiene que habrán de ser varias y en número suficiente para la consecución del fin propuesto, pudiéndose agregar que, los términos legales «alzaren» y «tumultuariamente», evocan y sugieren la participación indispensable de un número considerable de personas aunque no es preciso que constituyan multitud o muchedumbre.

e) En lo que respecta al sujeto pasivo, éste es variadísimo, desde los electos y los electores (cuando se impide la celebración de elecciones), hasta los custodios de presos, pasando por la autoridad, los funcionarios públicos, los particulares, los servidores del Estado.

f) La finalidad política o social sólo se exige explícitamente en el numeral 5 del artículo 337.

g) Toda la doctrina está de acuerdo en que, en este delito, no cabe tentativa, lo que es plausible, pues el legislador criminaliza y reputa perfecto el mero alzamiento, sin que sea preciso, para la consumación del delito, la obtención de los fines apetecidos, con lo cual, los comportamientos de preparación, no constituyen conato, y los de iniciación del *iter criminis* propiamente dicho, ya pertenecen a la esfera de lo consumado.

h) La proposición, conspiración y provocación para delinquir, son actos preparatorios criminalizados en los delitos de sedición (arts. 338 y 340 del CP).

3. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS DE REBELIÓN Y SEDICIÓN

La afinidad de las figuras delictivas de rebelión y sedición se refleja también en las disposiciones comunes que a las mismas ha dedicado el legislador en los artículos 339 a 342.

A) La excusa absolutoria del artículo 339 para los meros ejecutores de la rebelión o sedición

El artículo 339 del Código Penal establece lo siguiente:

Quando los rebeldes o sediciosos se disolvieren o se sometieren a la intimación que al efecto les haga la autoridad legítima, quedaran exentos de pena los meros ejecutores de cualesquiera de aquellos delitos, si no fueren empleados públicos.

Conforme expone la STS de 5 de abril de 1983, se trata de una exclusión de pena, para los meros ejecutores de la sedición, que se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de las intimaciones que a tal fin les fueren hechas o a consecuencia de las mismas. Establece así el legislador una circunstancia de exención de la pena de las denominadas excusas absolutorias por la doctrina científica española y francesa, o causas personales de exclusión de la pena en la Alemana y que pueden ser definidas como «aquellas circunstancias en las que el legislador, por razones de política criminal, exime de pena a los partícipes de un acto típico penalmente, antijurídico, imputable y culpable».

Ahora bien, para que tal circunstancia pueda ser aplicada al delito de sedición resulta preciso, según el mencionado texto legal, no sólo que la categoría de los posibles beneficiarios no exceda de los meros participantes, sino también que la sumisión o sometimiento a la autoridad hubiera tenido lugar antes de las intimaciones o después de ellas, pero como consecuencia de las mismas, por lo que *a contrario sensu* hay que interpretar que si la actividad ilícita de los sediciosos o rebeldes cesó después de haberse producido las intimaciones, aunque no como consecuencia de éstas, sino por haberse agotado ya el delito, una vez conseguidos los fines que los actores se habían propuesto, no procederá la aplicación de la mentada excusa, cuyo fundamento se encuentra indudablemente en la voluntariedad del desistimiento, que si puede resultar eficaz en la tentativa inacabada y en los delitos de consumación anticipada, en los que por haberse adelantado su defensa,

todavía con la consumación no ha empezado a lesionarse el bien jurídico protegido; o incluso en los llamados delitos de emprendimiento en los que la tentativa es equiparada a la consumación, y por tanto no podrá ser alegada frente al delito agotado en el que ya no resulta posible impedir deshacer los resultados. A partir de estas consideraciones, la citada STS de 5 de abril de 1983, ciñéndose al caso concreto (sedición de unos reclusos), afirma:

[...] estando probado en la narración fáctica que la conducta rebelde de los sublevados cesó después del requerimiento efectuado en alta voz por el Jefe de la Fuerza Pública, pero no en atención a éste, sino por haber puesto fin a sus propósitos de causar desperfectos y tener conocimiento de que habían fallecido a consecuencia del levantamiento dos compañeros reclusos, lo que excedía a sus pretensiones de advertencia a los miembros del Congreso de los Diputados de lo que estaban dispuestos a realizar en demanda de su libertad y concesión de un amplio indulto; tal proceder al no adecuarse a los requisitos exigidos para la apreciación de la referida circunstancia de impunidad provoca la desestimación del único motivo alegado de los recursos interpuestos por los condenados en instancia Francisco de Asís M. y Agustín M. A.

B) Incitación y cooperación a la rebelión o sedición

Artículo 340

Quienes en forma pública incite formal o directamente a una rebelión o sedición, comunican instrucciones o indican los medios para consumir dichos delitos, serán sancionados con reclusión de uno (1) a tres (3) años y multa de cinco mil (L. 5,000.00) a diez mil lempiras (L. 10,000.00) cuando aquellos no se han intentado o consumado.

El precepto tipifica autónomamente la incitación, y también la cooperación a la rebelión o sedición, siempre que estos delitos ni siquiera se hayan intentado. Su primer inciso comprende la incitación, que sólo será típica cuando se haga «pública, formal y directamente». Se requiere, por tanto, una cierta publicidad, y que la incitación se haga de forma expresa, precisa y directa.

La cooperación se sanciona también aquí de forma autónoma, pero limitada a dos acciones: la comunicación de instrucciones a los sediciosos o rebeldes y la indicación de medios para consumir tales delitos.

Una vez que el delito de rebelión o sedición se ha consumado, ya no es aplicable este tipo, debiendo acudir a las reglas generales sobre participación.

C) Concurso de delitos

Los otros delitos «especiales» que puedan cometerse por quienes participen

en una rebelión o sedición, se sancionarán en concurso real. Tal es lo que dispone el artículo 341: «*Las personas que participando o no en una rebelión o sedición o que con motivo de ella, cometieren otros delitos especiales tipificados en el presente código, serán sancionados conforme lo establecido en los correspondientes capítulos*».

Los sujetos a los que, con deficiente redacción, se refiere el precepto son: quienes cometen otros delitos participando en una rebelión o sedición y quienes, no participando en la misma, los cometen con motivo de ella. El problema está en determinar qué quiere decirse con los otros delitos «especiales». Desde luego, el legislador no ha empleado aquí un concepto técnico-penal de delitos especiales. Reciben el nombre de *delitos especiales* o *delitos propios* aquellos que solo pueden ser cometidos por una determinada categoría de personas que el tipo indica, produciéndose así una *limitación de la esfera de autores* (Quintero Olivares). Una violación no es un delito «especial», pero resulta obvio que, si se comete por uno de los participantes en una sedición, habrá de ser penado en concurso real. Es evidente, por lo tanto, que el legislador, con deplorable técnica, ha introducido en este precepto un término confuso.

Para su interpretación parece bueno acudir a la fuente de inspiración del legislador hondureño, que no es otra que el ordenamiento penal español. En los Códigos Penales españoles desde 1848 (art. 184), pasando por el de 1870 (art. 259) o el de 1944 (art. 227), se ha mantenido (hasta su desaparición en el CP de 1995) el precepto del que trae causa el artículo 341 del CP de Honduras. El texto del Código Penal español decía: «Los delitos particulares cometidos en una rebelión o sedición, o con motivo de ellas, serán castigados, respectivamente, según las disposiciones de este Código». El término «particulares» de los Códigos españoles fue sustituido por el término «especiales» en el Código hondureño; originalidad, ésta, que sólo aporta confusión.

En los Códigos españoles los términos «delitos particulares» hacían referencia a aquellos otros delitos ajenos al delito colectivo de la rebelión o sedición. Los términos «delitos particulares» se oponían así a los delitos colectivos, plurisubjetivos o de convergencia de múltiples voluntades en caminadas a un fin común, en que consisten la rebelión y la sedición. El término «delitos especiales», usado por el legislador hondureño, es, como se ve, inapropiado, aunque una interpretación histórica, en relación con sus antecedentes (los Códigos Penales españoles), puede arrojar luz sobre su inteligencia.

El precepto, en fin, ha de entenderse en el sentido de que aquellas entidades delictivas connaturales a la rebelión y sedición –como sería el caso, por ejemplo, de las amenazas y coacciones– quedarían recogidas o absorbidas por aquéllos. Delito

«especial» será, en tal caso, el que no guarde relación con la propia sedición o rebelión. En palabras de Viada, al comentar el Código Penal español de 1870, es preciso deslindar lo que es inherente, de lo que es ajeno o extraño a la rebelión o sedición.

En el caso de la legislación hondureña, los mayores problemas se plantean en los casos de la sedición previstos en los numerales 5 y 6 del artículo 337. El numeral 5 consiste en «realizar algún acto de odio o venganza contra los particulares o contra los servidores del Estado o contra sus bienes, con finalidad política o social». Y, el numeral 6 contempla como objeto del delito precisamente el «ataque» a los custodios de los presos, bien para rescatar o bien para maltratar a éstos (a los presos).

Lo determinante, en estos casos, para deslindar lo que es inherente de lo que es ajeno al delito de sedición, es la finalidad perseguida: «política o social» en el caso del numeral 5, y «rescatar o maltratar a los presos» en el caso del numeral 6. Cuando el acto de odio o venganza sea innecesario para la consecución de la finalidad política o social (numeral 5), o cuando el ataque a los custodios de presos sea igualmente innecesario para rescatar a los presos o para maltratarlos (numeral 6), serán penados los correspondientes delitos en concurso con la sedición.

La antigua jurisprudencia española tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, señalando que los atentados, desacatos, lesiones a la autoridad u otros delitos contra el orden público cometidos en la sedición o con motivo de ella, no son delitos distintos del de sedición (SSTS de 3 de octubre de 1903 y 19 de noviembre de 1906). El abuso de superioridad es inherente al alzamiento tumultuario (STS de 19 de noviembre de 1906). La resistencia o acometimiento de los sediciosos a la fuerza pública es accidente de la rebelión, y no uno de los delitos particulares («especiales» en la terminología del CP hondureño) a que este artículo alude (STS de 23 de mayo de 1890). Las amenazas y lesiones ocasionadas a un cobrador de impuestos por parte de varios grupos de vecinos que se alzaron contra él para arrojarle del pueblo, fueron inherentes a la misma sedición (STS de 10 de junio de 1871).

D) Presunción objetiva de autoría

El artículo 342 del Código Penal dice literalmente: «*Cuando no sea posible descubrir los autores, serán penados como tales los jefes principales de la rebelión o sedición*».

Este precepto se refiere al desconocimiento de los autores de los «otros delitos

especiales» a que se refiere el artículo 341. Hubiera estado mejor ubicado sistemáticamente como un segundo párrafo de ese artículo 341⁽¹²³⁾. Establece una presunción de autoría de los delitos concurrentes con la rebelión o sedición, en contra de los jefes principales de los mismos.

Esta norma es inconstitucional. Resulta contraria a la presunción de inocencia, toda vez que imputa a alguien la comisión de un delito por simple sospecha, por estar allí y ser el jefe de la rebelión o sedición, no porque haya pruebas suficientes de cargo en su contra. Vulnera el principio de culpabilidad, puesto que establece una responsabilidad objetiva, extendiendo la imputación a quienes no guardan otra relación con la comisión de esos «otros delitos» que su participación en la rebelión o sedición en concepto de jefes principales. Y ataca también el principio de seguridad jurídica, toda vez que la imputación y castigo de los jefes principales de la rebelión o sedición como autores de esos «otros delitos» de autor desconocido, no depende de su propia conducta, sino del mayor o menor éxito de la investigación sobre quién fue realmente el autor de tales «otros delitos».

4. DELITOS CONTRA LOS ALTOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

Bajo esta rúbrica, recoge el capítulo I del título XII del Código Penal, tipos especiales, agravados por la cualidad del sujeto pasivo, de los delitos de homicidio (art. 322), de lesiones a la integridad corporal o a la libertad (323), junto a los delitos de invasión de altas instituciones o autoridades del Estado (arts. 326 y 327).

A) Homicidio del Presidente de un Poder del Estado: magnicidio

Con la finalidad de sancionar los ataques a la vida de quienes ostentan las más altas magistraturas del país, el artículo 322 del CP castiga con la pena de reclusión de 30 años a cadena perpetua a quien diere muerte al Presidente de un Poder del Estado, lo que permite configurar este tipo como «magnicidio». Los tres poderes del Estado son el legislativo, el ejecutivo y el judicial (art. 4 de la CH). Por tanto, la protección de este precepto se dirige al Presidente del Congreso de los Diputados o Congreso Nacional (Presidente del poder legislativo: arts. 189 y ss de la CH), al Presidente de la República (Presidente del poder ejecutivo: arts. 235 y ss. de la CH) y al Presidente de la Corte Suprema de Justicia (Presidente del poder judicial: arts. 303 y ss. de la CH).

La conducta consiste en «dar muerte», siendo de aplicación al respecto, por su

(123) Que es como aparece en todos los Códigos españoles desde 1848 (hasta su desaparición en el de 1995), que sirvieron de inspiración al legislador hondureño.

identidad con la acción típica del homicidio, cuanto se expuso a la hora de tratar aquel delito. Aquí, el bien jurídico protegido es la vida pero también la seguridad interior del Estado, que se ve atacada en quienes encarnan, presidiéndolas, sus más altas instituciones. Es, por tanto, un delito pluriofensivo.

Los delitos de asesinato y parricidio no serían de aplicación aunque se diesen los elementos del tipo; el magnicidio del artículo 322 sería el aplicable por el principio de especialidad (art. 2-A, numeral 1, del CP).

La conspiración y proposición para cometer este delito están expresamente penadas en el artículo 324 con reclusión de 2 a 6 años (la conspiración) y de 1 a 3 años (la proposición).

B) Lesiones a la integridad corporal y a la libertad del Presidente de la República

El artículo 232 castiga a quien ofendiere al Presidente de la República en su integridad corporal o en su libertad, con pena de 8 a 12 años de reclusión.

El sujeto pasivo se limita, en este caso, al Presidente de la República. No es, por tanto, de aplicación a los Presidentes de los otros dos poderes del Estado, lo cual no acaba de comprenderse nada bien.

Las acciones que aquí se penalizan son todas aquellas que atenten contra la integridad corporal o la libertad. Entre las primeras se encuentran las lesiones de cualquier índole, tanto las afecten a la salud física como a la mental, sea transitoria o permanente. La integridad corporal, de todo el cuerpo, no se limita a la salud física sino también a la mental; esta última no deja de ser un complejo de reacciones químicas que forman parte de nuestro cuerpo. Entre las acciones que pueden ofender la libertad, se encuentran todos los delitos contra la libertad y la seguridad (secuestro y detención ilegal, allanamiento de morada, coacciones y amenazas, delitos contra la libertad de culto, etc.).

Habría que remitirse a los elementos de cada uno de estos concretos delitos para configurar el que ahora examinamos, que se aplicará por el principio de especialidad (art. 2-A, numeral 1, del CP).

También aquí la conspiración y la proposición para cometer este delito están expresamente penadas en el artículo 324, sorprendentemente con idénticas penas que para el magnicidio, lo cual no parece ajustarse al principio de proporcionalidad habida cuenta la diferente gravedad de uno y otro delito.

C) Invasión de las altas instituciones del Estado

El artículo 326 del CP dispone: «*Quienes invadieren violentamente o con intimidación el lugar donde esté reunido el Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Ministros, serán penados con reclusión de seis (6) meses a tres (3) años*».

Se contiene en este delito una misma acción dirigida como ataque al normal desenvolvimiento o funcionamiento del poder legislativo, del judicial y del ejecutivo. Lo que se persigue es evitar que los trabajos del Congreso, de la Corte Suprema o del Consejo de Ministros puedan verse perturbados o mediatizados por acciones violentas; se protege así la libertad en la formación de la voluntad de estas altas instituciones.

Las barreras de protección penal se adelantan abarcando aquellas conductas que pueden significar una compulsión para las personas que componen e integran los poderes del Estado.

La ley habla de «*quienes invadieren*»; ello no obstante, el sujeto activo no es necesariamente colectivo, pudiendo actuar individualmente (Devesa).

La acción consiste en una irrupción violenta o con intimidación. Es un tipo de resultado, que precisa para su consumación el acceso violento o con intimidación. La violencia ha de ser personal; si se ejerce sobre cosas puede dar lugar a una intimidación ambiental. La violencia (*vis física*) comprende también la llamada violencia «impropia», consistente en el suministro de narcóticos, anestésicos, etc. La intimidación (*vis compulsiva o psíquica*) supone generar en las víctimas un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente.

No especifica este delito la forma omisiva de mantenerse con violencia en el interior del lugar donde estén reunidos los miembros de estas altas instituciones. Habida cuenta del carácter normativo del acto de «invasión», deben estimarse típicos tanto el acceso como el mantenimiento violentos o con intimidación en aquel lugar.

La expresión «el lugar donde esté reunido» hace referencia a la celebración de sesiones, sea cual fuere el lugar. El sujeto debe tener conciencia de que en ese lugar están reunidos los miembros de alguna de estas altas instituciones pues, de lo contrario, podrá haber a lo sumo un allanamiento. Es indiferente el móvil que se persiga, aunque si la invasión se realizase mediante un alzamiento público y con alguna de las finalidades de los artículos 336 o 337, estaremos ante un delito de rebelión o de sedición (por aplicación del principio de consunción del art. 2-A,

numeral 3, del CP).

D) Delitos contra otros altos órganos del Estado

El artículo 327 del Código Penal prevé que incurrirán en reclusión de seis meses a dos años:

1) Quienes invadieren violentamente o con intimidación, el local donde esté constituido el despacho de un Secretario de Estado.

2) Quienes coartaren o de cualquier modo pusieren obstáculos a la libertad de los Ministros reunidos en Consejo.

3) Quienes emplearen fuerza o intimidación grave, para impedir a un Ministro concurrir a su despacho o al Consejo de Ministros.

Son tres las figuras delictivas que integran este precepto:

a) Invasión violentamente o con intimidación el local donde esté constituido el despacho de un Secretario de Estado. El tipo no exige expresamente que en ese momento esté despachando el Secretario de Estado y ni siquiera exige que esté en ese momento en el despacho. Sin embargo, resultaría absurdo proteger mediante este tipo la inviolabilidad del «local», sin más, donde esté el despacho del Secretario de Estado. Estos delitos protegen la libertad en la formación de la voluntad de las decisiones de altos órganos del Estado, por lo que parece razonable exigir la presencia del Secretario de Estado en el despacho invadido; además, si no estuviera presente, no sería posible violencia alguna sobre su persona ni tampoco intimidación. Otro argumento a considerar es que resultaría desproporcionado y absurdo que castigar con igual penal el hecho de coartar la libertad de los Ministros reunidos en Consejo (numeral 2 de este mismo artículo) que irrumpir violentamente en el despacho de un Secretario de Estado cuando él ni siquiera está.

b) Coartar o poner, por cualquier medio, obstáculos a la libertad de los Ministros reunidos en Consejo. Se trata de la causación de un resultado: poner obstáculos a la libertad del Consejo de Ministros. La acción de «coartar» no es más que una especie ejemplificativa de los posibles obstáculos. Tal expresión es más amplia que la referida a las amenazas y coacciones como forma de ataque a la libertad.

c) Emplear fuerza o intimidación grave para impedir que un Ministro concurra a su despacho o al Consejo de Ministros. Es un delito de mera actividad que no exige resultado, aunque si es preciso que la finalidad sea la prevista en el tipo; basta emplear la fuerza o intimidación para «impedir» que el Ministro acuda a su despacho o al Consejo de Ministros, con independencia de que el móvil se logre. No se incluyen en el tipo otras finalidades, aunque se refieran a diferentes actividades de

un Ministro.

El empleo de fuerza o intimidación grave contra los Ministros es una conducta también tipificada en el artículo 343, numeral 2) del Código Penal, como atentado, con una pena más grave que la aquí prevista, siempre que se den las circunstancias exigidas en el artículo 344. No cabe duda que el empleo de fuerza o intimidación *in itinere* contra un Ministro que se dirige al Consejo, puede incardinarse como un atentado de los previstos en el artículo 343.2), aunque para ser penado es preciso que concurra alguna de las circunstancias del artículo 344.

5. DELITOS CONTRA LA FORMA DE GOBIERNO

El artículo 328 del Código Penal tipifica como delito contra la forma de Gobierno y sanciona con reclusión de seis a doce años, a quienes ejecutaren actos directamente encaminados a conseguir por la fuerza, o fuera de las vías legales, alguno de los fines siguientes:

1) *Reemplazar al Gobierno republicano, democrático y representativo por cualquier otra forma de Gobierno.*

2) *Alterar la constitución de cualquiera de los Poderes del Estado, Ejecutivo o Judicial, o atacar su independencia.*

3) *Despojar en todo o en parte al Congreso, al Poder Ejecutivo o a la Corte Suprema de Justicia, de las prerrogativas y facultades que les atribuye la Constitución.*

4) *Variar el orden legítimo de suceder a la Presidencia, o privar al sucesor del Presidente de las facultades que la Constitución le otorga.*

5) *Privar al Consejo de Ministros o al Encargado del Poder Ejecutivo, de la facultad de gobernar provisionalmente al Estado en los casos previstos en la Constitución.*

La acción consiste en ejecutar actos para conseguir «por la fuerza o fuera de las vías legales», alguna de las finalidades previstas en el precepto. Constituye un delito de mera actividad. El tipo se consuma en el momento de ejecución de los actos preparatorios en él descritos. El tipo está construido alternativamente, es decir, es suficiente que se dé una cualquiera de las finalidades enumeradas. Reemplazar la forma de Gobierno se refiere a sustituir la República por una Monarquía, o la democracia por una dictadura; respecto a la alteración de la constitución de cualquiera de los poderes del Estado ha de tomarse en el sentido de una alteración fuera de los cauces constitucionales, modificando el equilibrio de poderes establecido. Despojar en todo o en parte al Congreso, al Poder Ejecutivo o a la Corte Suprema de Justicia, de las prerrogativas y facultades que les atribuye la Constitución. ha de entenderse referido a aquellas que les corresponden a sus

miembros como integrantes de ese órgano político, pero no como simples particulares.

Si el sujeto activo es un funcionario, se le impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años.

El artículo 239 de la Constitución hondureña determina que «*el ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Designado*». Inmediatamente después congela esta disposición e imposibilita su reforma ordenando que «*el que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública*». También el artículo 374 de la Constitución prohíbe la reforma, entre otros, de los artículos constitucionales que se refieren a la prohibición para ser nuevamente Presidente de la República, el ciudadano que la haya desempeñado bajo cualquier título y el referente a quienes no pueden ser Presidente de la República por el período subsiguiente.

En relación con estos preceptos, el artículo 330 del CP tipifica las acciones contrarias a la congelación de aquellas cláusulas constitucionales, con el siguiente tenor:

Será sancionado con reclusión de seis a diez años quien habiendo ejercido a cualquier título la Presidencia de la República, promoviere o ejecutare actos violatorios del artículo constitucional que le prohíbe ejercer nuevamente la Presidencia de la República o desempeñar de nuevo dicho cargo bajo cualquier título.

En la misma pena incurrirán quienes lo apoyaren directamente o propusieren reformar dicho artículo.

Cuando los autores de esos delitos fueren funcionarios serán sancionados además con inhabilitación absoluta por diez años contados desde la fecha de la violación o de su intento de reforma.

Capítulo II. Delitos contra los derechos y libertades fundamentales

La rúbrica de este capítulo es tan amplia como ambigua. Bajo ella podrían incluirse prácticamente todos los delitos tipificados en el Código Penal, toda vez que muchos de los bienes jurídicos en ellos protegidos son también derechos y libertades fundamentales, garantizados en la Constitución. Por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad corporal, el derecho a la libertad, y el derecho a la propiedad están reconocidos expresamente en el artículo 61 de la CH, aunque dentro del capítulo de las «Declaraciones»; pero, ya en el capítulo específico de los «Derechos individuales», encontramos en la Constitución el derecho a la vida (art. 65), a la integridad física, síquica y moral (art. 68), a la libertad (arts. 69, 71), a la libre emisión del pensamiento (arts. 72 y ss.), al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen (art. 76), a la libertad de culto (art. 77), a la libertad de asociación y de reunión (arts. 78, 79), a la libre deambulatoria (art. 81), a la inviolabilidad del domicilio (art. 99), al secreto de las comunicaciones (art. 100), etc.

Hay que bucear por distintas partes del Código Penal para encontrar los delitos que, tradicionalmente, se han considerado bajo la rúbrica que nos ocupa. Algunos, como el de manifestación ilegal, asociación ilícita, detención ilegal, violación de correspondencia, restricción de la libertad deambulatoria y otros, los recoge el Código refiriéndose a ellos como los cometidos por particulares «excediéndose» el ejercicio de los derechos que les garantiza la Constitución o por los funcionarios «contra» aquellos mismos derechos (capítulos III y IV del Título XII, rubricado *Delitos contra la seguridad interior del Estado*). Pero, a lo largo del Código se encuentran otros tipos que merecen ser integrados en este estudio, como delitos contra los derechos y libertades fundamentales, los delitos contra el honor (arts. 155 a 169 del CP) y el delito de discriminación (art. 321 del CP), que pueden ser cometidos por cualquiera, sea o no funcionario.

Partiremos, en nuestra exposición, de la sistemática del Código Penal en los capítulos III y IV del título XII, distinguiendo según que el ataque a estos derechos provenga del particular, que los ejercita abusivamente, o del funcionario que impide ilegalmente su ejercicio.

I. DELITO DE DISCRIMINACIÓN

Determina el artículo 321 del Código Penal que «*será sancionado con reclusión de tres (3) a cinco (5) años y multa de treinta mil (L. 30,000.00) a cincuenta mil Lempiras (L. 50,000.00) quien haga objeto de discriminación a otra persona por motivo de sexo, raza, edad, clase, religión, militancia partidista y política, adolecimiento de alguna discapacidad y cualquier otra lesiva a la dignidad humana. Si el responsable es extranjero se le expulsará del territorio nacional una vez cumplida la condena*».

El castigo penal de la discriminación supone el reverso del principio de igualdad recogido en el artículo 60 de la Constitución⁽¹²⁴⁾. La conducta típica consiste en «hacer objeto de discriminación a otra persona». En sus términos literales es de una amplitud extrema. Debe limitarse a las discriminaciones respecto de aquello a lo que se tenga derecho; si la discriminación se realiza dentro del campo de lo discrecional. Otra interpretación podría suponer una invasión intolerable en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada. No es punible, por ejemplo, que un abogado se niegue a tener como cliente a una persona por alguno de los motivos expresados en el precepto; tampoco lo es que una persona se niegue a dar la mano a otra por estas razones o a comer en la misma mesa (piénsese en la manifiesta y enorme desproporción que habría entre las conductas relatadas y la pena prevista en el artículo 321). Claro es que, algunas de estas conductas discriminatorias, según el modo y manera en que se efectúen, podría constituir una falta de vejación injusta (art. 397.3 del CP).

El precepto no contempla la discriminación que, por las mismas razones, pueda hacerse frente a una asociación, fundación, sociedad o corporación.

II. DELITOS COMETIDOS POR LOS PARTICULARES

Los artículos 331 a 332-B del Código Penal, bajo la rúbrica «Delitos cometidos por los particulares, excediéndose en el ejercicio de los derechos que les garantiza la Constitución», diseñan los tipos relativos a los delitos de manifestación ilegal, asociación ilícita, fabricación y tráfico de material de guerra, y fabricación y tráfico de armas de fuego y municiones comerciales. De ellos, tradicionalmente se han

(124) El artículo 60 de la Constitución establece: «Todos los hondureños nacen libre e iguales en derechos. En Honduras no hay clase privilegiadas. Todos los hondureños son iguales ante la Ley. Se declara punible toda discriminación por motivo de sexo, raza, clase y cualquier otra lesiva a la dignidad humana. La Ley establecerá los delitos y sanciones para el infractor de este precepto».

entendido como contrarios a los derechos y libertades fundamentales el delito de manifestación ilegal y el de asociación ilícita, a cuyo examen limitaremos este apartado.

1. MANIFESTACIÓN ILEGAL

Según el artículo 331 del Código Penal:

Se sancionará con reclusión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de treinta mil (L. 30,000.00) a sesenta mil Lempiras (L. 60,000.00) a quienes convoquen o dirijan de manera ilícita cualquier reunión o manifestación. Tendrá el carácter de ilícitas todas aquellas reuniones a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso, con el fin de cometer un delito.

Los asistentes a una reunión o manifestación ilícita que porten armas, artefactos, explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso, serán sancionados con la misma pena que los que las convoquen o dirijan. Los meros asistentes serán sancionados con la mitad de las penas anteriores.

Las personas que con ocasión de la celebración de una reunión o manifestación ilícita realice actos de violencia contra la autoridad, sus agentes, personas o propiedades públicas o privadas, será sancionadas con la pena prevista en el párrafo primero de este artículo, sin perjuicio de las que correspondan a los demás delitos cometidos.

Quienes, por su propia iniciativa, asistan a una reunión o manifestación ilícita, portando armas, artefactos explosivos u objetos contundentes, o de cualquier otro modo peligrosos, con el fin de cometer un delito, serán sancionados con la misma pena aplicable a los que convoquen o dirijan una reunión o manifestación ilícita.

a) *Reuniones y manifestaciones ilícitas.* El artículo 79 de la Constitución declara que «toda persona tiene derecho a reunirse con otras, pacíficamente y sin armas...». No están amparadas por la Constitución las reuniones y manifestaciones que no se ajusten a estas condiciones. Son ilícitas y, por tanto, punibles, las reuniones y manifestaciones siguientes:

1. Las que se celebren con el fin de cometer algún delito. No basta con que alguno de los partícipes actúe con ese móvil; es necesario que la comisión del delito sea el objetivo de la reunión o manifestación, es decir, de la generalidad de sus participantes o el expresado en las convocatorias. Tampoco se precisa que la finalidad delictiva preceda a la reunión: cabe la transformación de una reunión lícita

en ilícita por la asunción, en el transcurso de la misma, de ese objetivo criminal.

Si la reunión o manifestación se formó con la idea de cometer un delito, no es preciso que éste se consuma para que estemos ante una reunión o manifestación ilegal; si, finalmente, el delito se comete, estaremos ante un concurso real (art. 331.III del CP).

2. Aquéllas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso. Basta con que dos personas los instrumentos peligrosos que se mencionan. Existen multitud de objetos que, dependiendo del uso que de ellos se haga, pueden generar situaciones de riesgo y peligro, de manera que, en ciertos casos, sólo la relativa proliferación de los mismos permite calificar la situación creada de peligrosa.

b) Sujetos activos. El Código establece, en estos delitos multitudinarios, categorías de partícipes en función de sus labores, importancia, aspectos organizativos y demás elementos de índole descriptiva.

Los que convoquen o dirijan la reunión o manifestación ilícita. Convocante es quien cita o llama a la manifestación, puede asimilarse al promotor, es decir, a quien promueve, inicia o realiza las diligencias necesarias para la celebración. Director de la reunión o manifestación es quien la preside o encabeza. La pena prevista es, en esos casos, la de reclusión de 2 a 4 años y multa de 30,000.00 a 60,000.00 lempiras.

Los que porten los objetos o instrumentos peligrosos incurrir en la misma pena que los anteriores. La mera asistencia a la reunión o manifestación ilícita también es delito, aunque pena con la mita de pena que para el resto de partícipes.

2. ASOCIACIÓN ILÍCITA

El artículo 332 tipifica el delito de asociación ilícita en los siguientes términos:

Se sancionará con la pena de nueve (9) a doce (12) años de reclusión y multa de diez mil (L. 10,000.00) a doscientos mil Lempiras (L. 200,000.00) a los jefes o cabecillas de maras, pandillas y demás grupos que se asocien con el propósito permanente de ejecutar cualquier acto constitutivo de delito.

Con la misma pena de reclusión establecida en el párrafo anterior, rebajada en un tercio (1/3), se sancionará a los demás miembros de las referidas asociaciones ilícitas.

Son jefes o cabecillas aquellos que se destaquen o identifiquen como tales

y cuyas decisiones influyan en el ánimo y acciones del grupo.

El concepto de asociación ilícita lo proporciona el propio precepto: es la que se lleve a cabo con el propósito permanente de ejecutar cualquier acto constitutivo de delito. El legislador menciona las maras, pandillas y demás grupos, pero ¿cuál será el número mínimo de integrantes para entender que estamos ante una asociación? La STS de 8 de octubre de 1979 establece que «el número de asociados no debe ser inferior a dos», y constata que algunos sectores doctrinales «entienden que dicho número de asociados sólo es trascendente en función de la meta perseguida». Sin embargo una interpretación integral del precepto impone la consideración de la asociación como una estructura jerarquizada, siquiera sea de forma elemental (jefes o cabecillas y los demás miembros), lo que exige con pluralidad no solo de personas sino también de funciones.

El propósito delictivo es de la asociación, por lo tanto ésta no se transforma en ilícita porque el propósito criminal sea el móvil de alguno de sus miembros; basta con que no quepa duda razonable sobre el programa de la asociación o sobre los hechos que promueve. El término «delito» ha de entenderse en un sentido amplio, como infracción criminal (comprensivo de delitos y faltas); sería un contrasentido reputar lícita la asociación que nace para cometer infracciones criminales, aunque sean leves.

El tipo exige que la asociación lo sea con el propósito «permanente» de ejecutar delitos. Quienes se asocian para cometer un solo delito no incurrir en el delito de asociación ilícita, sino que conspiran para su comisión (véase el art. 17 del CP). Lo mismo cabe decir de una asociación lícita que acuerda la ejecución de un delito: responsabilidad penal por el delito cometido, pero no por el de asociación ilícita.

Sobre los sujetos activos, la ley distingue solo dos categorías: los jefes o cabecillas y los demás miembros. También el precepto ofrece una definición de los primeros: «son jefes o cabecillas aquellos que se destaquen o identifiquen como tales y cuyas decisiones influyan en el ánimo y acciones del grupo». Éstos serán penados más gravemente que los demás miembros, a quienes se les aminora la pena en una tercera parte.

Por supuesto, cada uno de los asociados ilícitamente responderá, no solo por el delito de asociación ilícita, sino por todos los demás delitos cometidos por él mientras perteneció al grupo (concurso real).

III. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS

Los delitos cometidos por los funcionarios contra el ejercicio de los derechos de los particulares garantizados por la Constitución vienen recogidos en los artículos 333 y 334 del Código.

Artículo 333:

Se aplicará la pena de reclusión de tres (3) a cinco (5) años y multa de cincuenta mil (L 50,000.00) a cien mil Lempiras (L. 100,000.00) al funcionario o empleado público que:

- 1) Detenga o incomunique ilegalmente a una persona o no le dé inmediato cumplimiento al mandamiento de exhibición personal expedido por autoridad competente;*
- 2) No ordene oportunamente la libertad de un detenido cuando proceda legalmente o quien lo retenga después de haber recibido la orden de libertad del mismo;*
- 3) Haga víctima de vejaciones o apremios ilegales a las personas confiadas a su custodia;*
- 4) No tramite o resuelva dentro de los términos legales una petición de habeas corpus o de amparo o por cualquier otro medio obstaculice su tramitación; y,*
- 5) Ordene, ejecute o consienta la expatriación de un hondureño.*

Artículo 334:

Con las penas previstas en el artículo anterior serán sancionados los funcionarios o empleados públicos que realicen cualesquiera de los hechos siguientes:

- 1) Retengan, oculten, destruyan o violen la correspondencia postal, telegráfica, facsimilar o de cualquier otra clase;*
- 2) Restrinjan ilegalmente la libertad de locomoción de una persona dentro del territorio nacional;*
- 3) Obliguen a una persona a cambiar de domicilio, salvo sentencia de juez competente;*
- 4) Obliguen a un particular a prestar sus servicios personales sin una retribución legal, salvo sentencia judicial;*
- 5) Obliguen a una persona a formar parte en una asociación dedicada a la ejecución de actos ilícitos;*
- 6) Impidan o suspendan una reunión legalmente autorizada;*
- 7) Impidan o estorben la libre circulación de un impreso cuyos autores o editores hayan cumplido los requisitos legales para su publicación y venta;*
- 8) Privén a una persona de sus libros y publicaciones de carácter científico, filosófico, político o artístico o de cualesquiera otros impresos con la intención*

de restringir o impedir la libre circulación de las ideas; y,

9) El funcionario penitenciario que impusiere a los presos o sentenciados sanciones, privaciones o regulaciones no previstas o autorizadas en las leyes o que excedan de las mismas.

1. CONTRA LA LIBERTAD PERSONAL

Un buen número de conductas atentan contra la libertad personal, protegida constitucionalmente por el artículo 69 (también por los arts. 71 y 81). Se protege aquí la libertad frente a las detenciones arbitrarias que pueden venir provocadas por distintas causas.

A) Detención ilegal

La Constitución determina algunas de las garantías que deben respetarse a la hora de proceder a una detención como, por ejemplo, el trato de los detenidos (art. 68), el tiempo máximo de la detención preventiva y de la judicial (art. 71), el mandato de detención (art. 84), los lugares de detención (art. 85), el motivo de la detención (art. 98), etc. La detención puede ser ilegal desde su inicio (*ab initio*) o puede llegar a serlo con posterioridad.

a) Detención ilegal desde su inicio. Una detención es ilegal desde su inicio cuando carece del presupuesto material habilitante (no se ha cometido un delito) o éste es insuficiente. Dicho de otro modo, la detención será ilegal cuando se produzca contra lo legalmente establecido, o cuanto tenga lugar sin cobertura jurídica.

b) Detención ilegal sobrevenida. La detención puede ser ajustada originariamente a la legalidad, pero se mantiene o prolonga ilegalmente o tiene lugar en condiciones ilegales. Se da esta situación cuando, no obstante ser procedente la detención, se ha cometido alguna violación de los derechos que la Constitución y las leyes garantizan a toda persona detenida (v. gr., cuando hubiera habido malos tratos o vejaciones, se hubiera impedido al detenido comunicarse con un abogado, cuando hubiere transcurrido el plazo legal de detención, o no se tramite el hábeas corpus, etc.).

B) Libertad deambulatoria

Determina el artículo 81 de la Constitución que «*toda persona tiene derecho a circular libremente, salir, entrar y permanecer en el territorio nacional*». Es delito restringir ilegalmente la libertad de locomoción de una persona dentro del territorio

nacional. Restringir supone limitar parcial o reducir a menores límites la libertad de movimientos; no implica privar de tal libertad.

C) Libertad de residencia

También el artículo 81 garantiza que *«nadie pueda ser obligado a mudar de domicilio o residencia, sino en los casos especiales y con los requisitos que la Ley señala»*.

Ataca este derecho fundamental quien obligue a una persona a cambiar de domicilio, salvo sentencia de juez competente

El cambio de domicilio abarca el cambio de vivienda, aun cuando no implique el de municipio. Se requiere que el sujeto activo compela, es decir, constriña u obligue a la víctima. No es necesario, pues, el recurso a la violencia, pero tampoco es suficiente la mera invitación o indicación. El traslado forzoso de funcionarios, cuando responda a razones de servicio o a motivos disciplinarios, no puede reputarse contrario a la Constitución (STS, Sala 3.^a, de 22 de febrero de 1985).

Por su parte, el artículo 102 de la Constitución prohíbe tajantemente que los hondureños sean expatriados o entregados por las autoridades a un Estado extranjero, de manera que quien ordene, ejecute o consienta la expatriación de un hondureño, incurrirá en el delito del artículo 333, numeral 5, del Código Penal. La simple orden de expatriación, sin necesidad de resultado, es típica, como también lo es la acción u omisión de quien, pudiendo evitarlo, consienta la expatriación.

2. CONTRA EL SECRETO A LAS COMUNICACIONES

El artículo 100 de la Constitución garantiza el derecho de toda persona a la inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. Y el artículo 334, numeral 2, castiga a quienes retengan, oculten, destruyan o violen la correspondencia postal, telegráfica, facsimilar o de cualquier otra clase.

El concepto de correspondencia (utilizado por el texto penal) es más restringido que el de comunicaciones (usado por la Constitución). Aquélla viene restringidas a la comunicación escrita, eso sí, con amplitud en cuanto al medio que se utilice para su envío [correo postal, telégrafo, fax, correo electrónico, mensajes a través de la red (*chats*), mensajes a través de celulares, etc.].

La correspondencia protegida es la privada, no la pública. El sujeto activo es,

por definición del capítulo donde se ubica este precepto, un funcionario público. Se dará normalmente un concurso de infracciones (concurso ideal) con lo previsto en los artículos 358-A y 359, sobre violación de sellos y documentos (infidelidad en la custodia de documentos). En estos preceptos se sanciona a quien «sustraiga, oculte, destruya o inutilice» (art. 358-A) o «abra o consienta en que se abran» documentos «confiados a la custodia de un funcionario público». La solución nos la da el artículo 36 del Código Penal en su párrafo segundo.

Conviene hacer, en cualquier caso, una precisión más respecto a la concurrencia de infracciones. Podría pensarse que la conducta de «retener» la correspondencia (acción que está expresamente prevista en el artículo 334.2 del CP) no es penada por el artículo 358-A; sin embargo, conforme a su acepción gramatical, el término «sustraer» del artículo 358-A describe la acción de «apartar, separar, extraer», y el término «retener» supone «interrumpir o dificultar el curso normal de algo». No parece difícil aceptar, por lo tanto, que cuando la correspondencia custodiada por un funcionario se aparta o separa de su curso normal (se «sustraer»), se la está «reteniendo», de forma que la retención va implícita en la sustracción.

3. CONTRA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El artículo 334.7 sanciona a quienes impidan o estorben la libre circulación de un impreso cuyos autores o editores hayan cumplido los requisitos legales para su publicación y venta; y el numeral 8 castiga a quienes *«priven a una persona de sus libros y publicaciones de carácter científico, filosófico, político o artístico o de cualesquiera otros impresos con la intención de restringir o impedir la libre circulación de las ideas»*.

Se trata, en cualquier caso, de un atentado a la libertad de expresión, a la libertad en la difusión y circulación de ideas, garantizada por el artículo 72 de la Constitución en los siguientes términos: *«Es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin previa censura. Son responsables ante la ley los que abusen de este derecho y aquellos que por medios directos o indirectos restrinjan o impidan la comunicación y circulación de ideas y opiniones»*.

Es más, la protección de la libertad de la emisión del pensamiento llega constitucionalmente hasta el punto de que ni siquiera la comisión de un delito o falta en esta materia, puede dar lugar al decomiso, la confiscación, la clausura o la interrupción de las labores de los medios de emisión y difusión del pensamiento (art. 73 de la CH).

4. CONTRA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

Las libertades de asociación y de reunión están garantizadas en el artículo 78 de la Constitución. El Código Penal sanciona dos conductas relacionadas con este derecho: una compulsiva (obligar a una persona a formar parte en una asociación dedicada a la ejecución de actos ilícitos) y otra impeditiva (impedir o suspender una reunión legalmente autorizada).

5. CONTRA OTROS DERECHOS

Otros derechos protegidos por los tipos examinados son el derecho a la dignidad de los privados de libertad o sometidos a custodia, pues según determina el artículo 68 de la CH «*toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*». Por eso el artículo 333.3 castiga a quien haga víctima de vejaciones o apremios ilegales a las personas confiadas a su custodia.

Se protege también el derecho a que la prestación de los servicios sea remunerada. El artículo 70 de la Constitución, en su párrafo III, señala que «ningún servicio personal es exigible, ni deberá prestarse gratuitamente, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en Ley». Y, de ahí que el artículo 334.4 del Código Penal castigue a quienes «obliguen a un particular a prestar sus servicios personales sin una retribución legal, salvo sentencia judicial».

Por último, el principio de legalidad de las penas, como garantía frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, se garantiza en el artículo 95 de la Constitución en cuanto dispone que «ninguna persona será sancionada con penas no establecidas previamente en la Ley». Por eso, el artículo 334.9 del Código Penal sanciona al funcionario penitenciario que impusiere a los presos o sentenciados sanciones, privaciones o regulaciones no previstas o autorizadas en las leyes o que excedan de las mismas.

Capítulo III.

Delitos contra la humanidad (torturas y genocidio)

1. TORTURAS

El delito de torturas fue tratado entre los delitos contra la libertad y seguridad (Lección 3, capítulo II, apartado 6), a cuya exposición nos remitimos.

2. GENOCIDIO

Artículo 319 del Código Penal:

Se sancionará con reclusión de dieciséis (16) a veinte (20) años, más inhabilitación absoluta por igual tiempo a quien, con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico o religioso, realiza alguno de los hechos siguientes:

- 1) Dar muerte a cualquier miembro del grupo;*
- 2) Lesionar gravemente la integridad física o mental de cualquiera de los miembros del grupo;*
- 3) Someter al grupo a condiciones de existencia susceptibles de producir su destrucción física o de causarle un daño moral grave;*
- 4) Adoptar medidas encaminadas a impedir el nacimiento de niños en el seno del grupo; y,*
- 5) Trasladar en forma compulsiva a menores de dieciocho (18) años de un grupo a otro.*

La reclusión no será inferior a veinte (20) años cuando los responsables del delito de genocidio sean funcionarios o empleados públicos civiles o militares.

La proposición y la conspiración se penarán con reclusión de ocho (8) a doce (12) años; la instigación directa se sancionará con la pena aplicable al autor y la indirecta se castigará con reclusión de cinco (5) a ocho (8) años.

El Código Penal da cabida al delito de genocidio⁽¹²⁵⁾ entre los delitos contra el

⁽¹²⁵⁾ Genocidio es un término procedente etimológicamente de *genos* (raza, clan) y *caedes* (matar). Fue acuñado por Rafael Lemkin en 1944 para designar los crímenes de una particular barbarie. Véase su obra *Axis rule in occupied Europe*, 1944.

Derecho de gentes. Su incriminación viene impuesta por el Convenio de Naciones Unidas contra el genocidio (9 de diciembre de 1948).

Convenio de Naciones Unidas sobre prevención y sanción del delito de genocidio (1948)

Las Partes Contratantes,

Considerando que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su Resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, ha declarado que el genocidio es un delito de derecho internacional, contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena;

Reconociendo que en todos los períodos de la Historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad;

Convencidas de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional,

Convienen lo siguiente:

Artículo I. Las Partes Contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

Artículo II. En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo III. Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio.
- b) La asociación para cometer genocidio.
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio.
- d) La tentativa de genocidio.
- e) La complicidad en el genocidio.

Artículo IV. Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.

Artículo V. Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

Artículo VI. Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

Artículo VII. A los efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III no serán considerados como delitos políticos.

Las Partes Contratantes se comprometen, en tal caso, a conceder la extradición conforme a su

legislación y a los tratados vigentes.

Artículo VIII. Toda Parte Contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas, a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III.

Artículo IX. Las controversias entre las Partes Contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia.

Artículo X. La presente Convención, cuyos textos inglés, chino, español, francés y ruso serán igualmente auténticos, llevará la fecha de 9 de diciembre de 1948.

Artículo XI. La presente Convención estará abierta hasta el 31 de diciembre de 1949 a la firma de todos los Miembros de las Naciones Unidas y de todos los Estados no Miembros a quienes la Asamblea General haya dirigido una invitación a este efecto.

La presente Convención será ratificada y los instrumentos de ratificación serán depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

A partir del 1 de enero de 1950 será posible adherir a la presente Convención el nombre de todo Miembro de las Naciones Unidas y de todo Estado no Miembro que haya recibido la invitación arriba mencionada.

Los instrumentos de adhesión serán depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

Artículo XII. Toda Parte Contratante podrá, en todo momento, por notificación dirigida al Secretario general de las Naciones Unidas, extender la aplicación de la presente Convención a todos los territorios o a uno cualquiera de los territorios de cuyas relaciones exteriores sea responsable.

Artículo XIII. En la fecha en que hayan sido depositados los veinte primeros instrumentos de ratificación o de adhesión, el Secretario general levantará un acta y transmitirá copia de dicha acta a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no Miembros a que se hace referencia en el artículo XI.

La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haga el depósito del vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión.

Toda ratificación o adhesión, efectuada posteriormente a la última fecha tendrá efecto el nonagésimo día después de la fecha en que se haga el depósito del instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo XIV. La presente Convención tendrá una duración de diez años, a partir de su entrada en vigor. Permanecerá después en vigor por un período de cinco años; y así sucesivamente, respecto de las Partes Contratantes que no la hayan denunciado por lo menos seis meses antes de la expiración del plazo.

La denuncia se hará por notificación escrita dirigida al Secretario general de las Naciones Unidas.

Artículo XV. Si, como resultado de denuncias, el número de las Partes en la presente Convención se reduce a menos de dieciséis, la Convención cesará de estar en vigor a partir de la fecha en que la última de esas denuncias tenga efecto.

Artículo XVI. Una demanda de revisión de la presente Convención podrá ser formulada en cualquier tiempo por cualquiera de las Partes contratantes, por medio de notificación escrita dirigida al Secretario general.

La Asamblea General decidirá respecto a las medidas que deban tomarse, si hubiere lugar, respecto a tal demanda.

Artículo XVII. El Secretario general de las Naciones Unidas notificará a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no Miembros a que se hace referencia en el

artículo XI:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones recibidas en aplicación del artículo XI.
- b) Las notificaciones recibidas en aplicación del artículo XII.
- c) La fecha en que la presente Convención entrará en vigor en aplicación del artículo XIII.
- d) Las denuncias recibidas en aplicación del artículo XIV.
- e) La abrogación de la Convención, en aplicación del artículo XV.
- f) Las notificaciones recibidas en aplicación del artículo XVI.

Artículo XVIII. El original de la presente Convención será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

Una copia certificada será dirigida a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no Miembros a que se hace referencia en el artículo XI.

El bien jurídico protegido es supraindividual: la convivencia internacional. En este caso se concreta en el interés de la comunidad internacional en la salvaguarda de los grupos, más o menos minoritarios, existentes en el mundo. El sustrato ideológico de este bien jurídico es el reconocimiento del pluralismo universal de la religiones, razas o etnias y el nivel de igualdad en que todas se encuentran (Muñoz Conde). La consideración del genocidio como un delito internacional lleva a superar el rígido principio de territorialidad jurisdiccional⁽¹²⁶⁾, permitiendo que, en atención al *principio de justicia universal*⁽¹²⁷⁾, la jurisdicción hondureña pueda, en determinados casos, enjuiciar estos delitos cometidos fuera del ámbito de sus fronteras (art. 5.5 del CP)⁽¹²⁸⁾.

(126) Como consecuencia del principio de Derecho internacional de no intromisión, ningún Estado puede, recurriendo al Derecho Penal, ocuparse de mantener y restablecer el orden contra todos y en todo el orbe, sino que precisa inexcusablemente de un punto de conexión legitimador, bien sea con el hecho o con los intervinientes (autores/víctimas) Los principios de legitimación reconocidos a tal efecto son muy amplios: a) Principio de territorialidad. b) Principio de matrícula o pabellón. c) Principio real, de protección o de interés nacional o de defensa. d) Principio de protección individual o de personalidad o nacionalidad pasiva. e) Principio de personalidad nacionalidad activa. f) Principio de justicia universal. g) Principio de justicia supletoria. Puede verse sobre este tema PALOMO DEL ARCO, Andrés, «La aplicación extraterritorial de la Ley Penal española», en *Fenómenos delictivos complejos*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1999-IX, págs. 51 y ss.

(127) Atiende este principio a la protección de bienes esenciales para la humanidad, reconocidos por todas las naciones civilizadas, con independencia de la nacionalidad de los partícipes y del lugar de la comisión.

(128) El 5.5 del Código Penal, establece el principio de justicia universal en los siguientes términos: «Los Tribunales hondureños conocerán, asimismo, de los delitos cometidos en el extranjero cuando el imputado se halle en Honduras y concorra alguna de las situaciones siguientes: [...] 5) Cuando de conformidad con los convenios internacionales de que Honduras forme parte, el delito se encuentre sometido a la ley penal hondureña por razones distintas de las mencionadas en los numerales precedentes o lesione gravemente los derechos humanos universalmente reconocidos. Se dará preferencia, sin embargo, a la pretensión del Estado en cuyo territorio se haya cometido el hecho punible con tal que la haga valer antes de que se ejercite en el juzgado hondureño competente la respectiva acción penal».

A) Concepto y clases

El artículo 319 no acoge una definición de lo que ha de entenderse por genocidio. De su tenor tan sólo puede afirmarse que el genocidio consistirá en la realización de cualquiera de las conductas allí descritas, siempre que se lleven a cabo «con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico o religioso».

Lemkim lo definió como «homicidio encaminado a la supresión de grupos humanos» (aniquilación física y biológica), aunque admitió una amplia concepción del mismo en la que cabían el genocidio político y el cultural. Lo que caracteriza el genocidio es, en fin, la voluntad de aniquilar el grupo (Vives Antón). Este aniquilamiento puede revestir, conforme contempla del Código Penal, dos modalidades fundamentales: el genocidio físico y el biológico (Rodríguez Devesa), aunque también podemos apreciar actuaciones relativas al genocidio cultural.

a) *Genocidio físico*

Incluye los supuestos en que se produce la aniquilación o destrucción del grupo por medio del homicidio, lesiones graves en cualquiera de sus variantes, sometimiento del grupo a condiciones de existencia con peligro para la vida o perturbación de la salud.

Es indiferente que se dé muerte o se lesione (castración, esterilización, mutilación, etc.) a uno o a varios de los miembros del grupo. Si concurre el ánimo específico del tipo, el delito se cometerá en cualquier caso, se uno o varias las víctimas directamente afectadas.

Por el contrario, el sujeto pasivo ha de ser «el grupo» cuando se trate del sometimiento a condiciones de existencia susceptibles de producir su destrucción física o de causar graves daños morales. Las conductas aquí comprendidas son las condiciones de vida que, por falta de ropa, alimento, higiene, asistencia médica, o por exceso de trabajo o esfuerzos físicos, sean susceptibles de producir el debilitamiento o la muerte de los individuos; así como la privación de todos los medios de vida, mediante confiscación de la propiedad, saqueo, negación de vivienda y de víveres que estén al alcance de otros habitantes del mismo territorio.

El propósito con el que se ha de actuar es el de destruir un grupo *nacional*, identificable con una nación o nacionalidad diferente de otras, esté o no reconocida internacionalmente como tal; *étnico*, esto es, perteneciente a un grupo biológico menor, a una determinada raza, identificable por unas características de color de la

piel y otras; o *religioso*, caracterizado por las creencias y cultos que practiquen.

El propósito de destruir el grupo (móvil del delito) no se identifica con el dolo de matar ni con el de lesionar. De ahí que, cuando el móvil del delito sea otro (por ejemplo, los celos, la venganza, el robo, etc.), aunque se pruebe que el autor es un racista, que odia a la nación, raza o religión de la víctima, habrá que excluir la aplicación del tipo del genocidio. El móvil de «destruir el grupo» se excluirá también en los casos en que el autor actúe en cumplimiento de un deber impuesto por la ley o en virtud de obediencia debida (Rodríguez Devesa)⁽¹²⁹⁾; en contra se expresa Vives Antón, pues considera que carecerá de efecto exculpante alguno quien practica actos de exterminio en cumplimiento de órdenes, al tratarse de acciones manifiesta, clara y terminantemente antijurídicas. Tampoco concurre el móvil si la actitud agresiva del grupo genera una situación de legítima defensa.

b) Genocidio biológico

Lo comenten quienes, con el móvil antes indicado, adoptan medidas encaminadas a impedir el nacimiento de niños en el seno del grupo; o llevan a cabo desplazamientos compulsivos (mediante coacción o violencia) de menores de dieciocho años de un grupo a otro. Las acciones han de tender, por tanto, a destruir el grupo impidiendo u obstaculizando la reproducción de los miembros del mismo.

Los términos «impedir el nacimiento de niños» abarcan, por ejemplo, la imposición de sistemas anticonceptivos, el aborto coactivo, la segregación de sexos, los obstáculos al matrimonio y otras medidas similares establecidas exclusivamente para los miembros del grupo.

c) Genocidio cultural

Puede verse un aspecto del mismo en la acción de trasladar por la fuerza a niños (menores de 18 años) a otro grupo. De este modo se puede impedir el género de vida del grupo y el mantenimiento de su identidad cultural, religiosa, idiomática, etc.

(129) Es muy interesante al respecto examinar los antecedentes de la Convención contra el genocidio (1948). La cuestión sobre la incriminación o no como genocidio en estos casos se suscitó a consecuencia de una enmienda de la entonces URSS (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas), en la que proponía la inclusión del siguiente inciso: «el mandato de la ley o las órdenes superiores no justificarán el genocidio». Se rechazó por 28 votos contra 15 y 6 abstenciones. La propuesta fracasó también en la Comisión porque, como opuso el representante del Líbano, «el individuo que comete genocidio con la sola finalidad de obedecer el mandato de la ley o cumplir la orden de un superior, no actúa inspirado por uno de los móviles indicados» en el Convenio.

El móvil del tipo es la destrucción total o parcial del grupo; y esa destrucción también puede ser cultural, aniquilando los factores a los que el grupo deba su homogeneidad. Si a los miembros más jóvenes del grupo se les traslada forzosamente a otro grupo, donde se les educa en una lengua diferente, en una religión diferente, en unas costumbres diferentes a las de sus padres, la identidad cultural del grupo desaparecerá.

B) Actos castigados

El artículo III de la Convención contra el genocidio (1948) incluía la punición de la asociación y la instigación (directa y pública) a cometer genocidio, la tentativa de genocidio y la complicidad en el genocidio.

De forma expresa, el artículo 319 del CP sanciona la proposición, la conspiración y la instigación (no solo la directa, sino también la indirecta) para cometer terrorismo. En lo atinente a la tentativa y complicidad, no han sido expresamente incorporadas a este precepto por ser suficientes al efecto las normas de la parte general (arts. 15, 16, 31, 33 y concordantes del CP).

Lección 7: Delincuencia culposa. La imprudencia profesional, imprudencia médica y de automóviles. Esquemas generales, principales problemas y diagnóstico diferencial.

1. ACCIÓN TÍPICA: ELEMENTOS

La acción típica no está determinada con precisión en los tipos culposos. En éstos se habla del que «por negligencia» o «por ignorancia inexcusable» (arts. 380, 381), «por abandono» (art. 403), «por descuido» (art. 409), cause un determinado resultado. En otros casos se establece el tipo doloso y se señala después que el hecho o delito «culposo» será castigado (arts. 121, 225, 259, 270), sin explicar cuál sea la concreta acción imprudente.

Los delitos culposos son, por lo tanto, tipos abiertos en los que el juez o el intérprete deben determinar el contenido de la acción imprudente. Ello no supone infracción del principio de legalidad pues, como dice Muñoz Conde, «la naturaleza de las cosas impide poder describir con mayor exactitud en la ley todos los comportamientos imprudentes que se puedan dar o realizar». ¿Cómo se puede llegar a determinar entonces si un comportamiento es culposo? El punto de referencia con el que hay que comparar la acción realizada, para saber si ésta ha sido o no imprudente es el llamado *deber objetivo de cuidado*.

En la valoración de todos los comportamientos culposos o imprudentes se ha de partir de la siguiente estructura: 1) La parte objetiva del tipo viene constituida por la infracción de la norma de cuidado (*desvalor de la acción*) y, además, por la producción de un resultado prohibido, coincidente con el que está previsto en un tipo doloso (*desvalor del resultado*). 2) La parte subjetiva de los tipos culposos exige dos elementos: uno positivo, consistente en «querer» la conducta negligente, bien conociendo el peligro que entraña (culpa consciente) o bien desconociéndolo (culpa inconsciente); y uno negativo, que es el de no haber querido la producción del resultado (STS 492/1997, de 15 abril; y 253/1998, de 28 de febrero). La STS 351/2003, de 6 de marzo, lo expone del siguiente modo:

La estructura dogmática del delito de imprudencia es, pues, la siguiente:

A) El tipo objetivo está integrado, de un lado, por un acción u omisión cuyo desvalor radica en la infracción de una norma social de cuidado que obliga, bien a advertir el riesgo que se crea con la acción u omisión, bien a evitar que el riesgo se concrete en una efectiva lesión; y de otro, por un resultado susceptible de ser subsumido en un tipo delictivo que admita, en virtud de una expresa norma legal, la forma culposa.

B) El tipo subjetivo, por su parte, está integrado también por dos elementos, uno de los cuales es la ausencia de voluntariedad con respecto al resultado dañoso, en tanto el otro es la índole

voluntaria de la infracción de la norma de cuidado, esto es, que se haya querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro o sin él pero no el hecho resultante de la conducta.

A) El deber de cuidado: «desvalor de la acción»

La infracción del deber de cuidado presenta dos aspectos: el deber de cuidado interno (también llamado deber subjetivo de cuidado), con arreglo al cual el sujeto ha de advertir la presencia del riesgo potencial que conlleva determinada conducta (*previsibilidad*); y el deber de cuidado externo (también llamado deber objetivo de cuidado), que radica en la exigencia de comportarse conforme a la norma de cuidado previamente advertida para conjurar el peligro (*evitabilidad*). La previsibilidad, por sí misma, sería insuficiente para determinar la imprudencia, ya que no toda acción que objetivamente pueda producir resultados lesivos es, por eso solo, imprudente; es necesario que, además de la previsibilidad, el sujeto desatienda las reglas de cuidado que exige la realización de aquella acción y, por ende, no evite el resultado⁽¹³⁰⁾. La STS de 25 de febrero de 1991 señala al respecto:

Se genera siempre tal responsabilidad culposa por medio de una acción que en relación de causalidad propicia un resultado lesivo, sin intervención de dolo alguno, ni siquiera eventual; acontecimientos que se desenvuelven, factor subjetivo, a medio de una falta de previsión más o menos relevante junto con la transgresión, factor normativo, de reglas establecidas por el ordenamiento jurídico, por las costumbres o por las normas de convivencia social.

La STS 253/1998, de 28 de febrero, indica:

El desvalor o disvalor de la acción supone que la infracción de esa norma que impone el deber de cuidado se descomponga en dos: a) El deber de cuidado interno obliga a advertir la presencia del peligro en su gravedad aproximada, como presupuesto de toda acción prudente. Precisamente por la existencia de este deber de advertir el peligro puede castigarse la culpa inconsciente, que supone la imprudente falta de previsión del peligro del resultado: en ella se castiga la infracción de la norma de cuidado que obliga a advertir el riesgo. b) El deber de cuidado externo consiste en el deber de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado previamente advertida. Puesto que presupone haberla advertido, sólo puede imputarse subjetivamente en la culpa consciente. De ahí que, ante conductas igualmente peligrosas, la culpa consciente sea más grave que la inconsciente.

Las reglas de cuidado externo u objetivo no son siempre fáciles de precisar, siendo necesario, en muchos casos, recurrir a criterios abstractos como los contenidos en el artículo 1362 del Código Civil («buen padre de familia», «hombre juicioso»). Otras veces las reglas de cuidado que deben observarse vienen descritas

(130) Por ejemplo, manejar un auto por una carretera de mucho tránsito un fin de semana, es una actividad peligrosa que, por sí misma, aunque pueda ser previsible que suceda un accidente, no es imprudente. Pero, si en el manejo del auto el conductor desatiende las reglas de cuidado o las concretas normas sobre tránsito, sí realiza una acción imprudente.

en textos legales (como, por ejemplo, en la Ley de Tránsito) y su inobservancia constituye, generalmente, una imprudencia. En ocasiones hay que recurrir a reglas de experiencia en el ejercicio de determinadas profesiones (la llamada *lex artis*), como las de médico, arquitecto, ingeniero.

Por lo demás, la lesión ha de afectar al deber de cuidado «objetivo», esto es, a aquel que queda por debajo de la medida adecuada socialmente. Si la acción concreta realizada no llega al umbral mínimo del deber de cuidado objetivo, la acción será típica a los efectos de constituir el tipo de injusto de un delito imprudente. Si la acción supera ese umbral, no será típica. El Derecho Penal no puede obligar a nadie a ir más allá de la observancia del cuidado exigible objetivamente en el caso y circunstancias concretas (Muñoz Conde).

A la hora de buscar en el Derecho hondureño un concepto sobre qué es lo que debe entenderse por norma de cuidado y, por lo tanto, cuál ha de ser el módulo o estándar con el que valorar la actitud del sujeto en la situación concreta, ya sea al tiempo de *prevenir* el riesgo o de *evitar* sus consecuencias, contamos con dos normas. Por un lado el artículo 13 del Código Penal, señala 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*». Desde esta perspectiva, el ordenamiento penal no aporta mucho: da por supuesto el concepto de imprudencia, impericia o negligencia y tan solo aporta dos consideraciones: que el delito será también culposo cuando sea resultado de la infracción de una ley, reglamento, órdenes, resoluciones o deberes, eso sí, teniendo en cuenta las circunstancias del delincuente. Se pone de relieve así el relativismo del hecho imprudente en función de las circunstancias concurrentes.

Más claro se presenta el artículo 1362 del Código Civil, precepto que sí nos aporta un eficaz instrumento positivo para determinar con mayor precisión el concepto de imprudencia o, si se prefiere, de la culpa o negligencia. Dice así:

La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Puede ser lata, leve o levísima.

La *culpa lata* se opone a la diligencia y cuidado que aun las personas de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios.

La *culpa leve* se opone a la diligencia y cuidado de un buen padre de familia.

La *culpa levísima* se opone a la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

Como se ve, en el precepto transcrito se encuentran los elementos fundamentales de la imprudencia: a) el concepto normativo de la diligencia debida; y

b) el relativismo de la medida objetiva del cuidado que se exige a cada individuo, que se gradúa en relación con lo normalmente esperable de las personas situadas en las mismas circunstancias que el autor y que varía según cuál sea el grado de culpa (lata, leve o levísima).

El Código Penal hondureño no gradúa la imprudencia, a diferencia de otros códigos que distinguen entre imprudencia grave y leve u otras calificaciones que sirven para ponderar el nivel de negligencia. Podemos acudir a la graduación del artículo 1362 del Código Civil como norma supletoria, pero lo cierto es que la inexistencia de graduación en la negligencia punible puede llevar al absurdo de criminalizar todo tipo de conductas que produzcan un resultado lesivo, pues en la mayor parte de los supuestos siempre podrá vislumbrarse algún tipo de negligencia, aunque sea levísima. Obsérvese que el artículo 13 del Código Penal no relaciona el delito culposo con la existencia de una culpa de mayor o menor entidad, sino con la existencia de imprudencia, impericia o negligencia, que podría extenderse hasta la culpa levísima. Es de esperar que la jurisprudencia hondureña realice una interpretación de los tipos penales culposos para ajustarlos al principio de intervención mínima, de manera que únicamente las negligencias o imprudencias graves y muy graves (culpa lata)⁽¹³¹⁾ merezcan reproche penal en tanto que los resultados dañosos ocasionados por negligencia leve o, al menos, los ejecutados con culpa levísima no sean criminalizados y se envíen a la vía civil.

La jurisprudencia española, a la hora de configurar la imprudencia y sus elementos constitutivos esenciales, sostiene que las infracciones culposas se caracterizan por la concurrencia de los siguientes requisitos, expuestos, entre otras, en la STS de 28 de diciembre de 1990⁽¹³²⁾:

1.º Una acción u omisión voluntaria, no intencional o maliciosa, o sea, que se halle ausente en ellas todo dolo directo o eventual.

2.º Actuación negligente o reprochable por falta de previsión más o menos relevante, factor psicológico o subjetivo, eje o nervio de la conducta imprudente en cuanto propiciador del riesgo, al marginarse la racional presciencia de las consecuencias nocivas de la acción u omisión empeñadas, siempre previsibles, prevenibles y evitables; elemento de raigambre anímica no

(131) La STS 2011/2000, de 20 de diciembre, diferencia entre las dos modalidades de culpa lata (grave o muy grave), del siguiente modo: «la jurisprudencia de esta Sala suele considerar grave la imprudencia cuando se han infringido deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos. Es temeraria, se ha dicho reiteradamente, cuando supone un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado».

(132) Requisitos a los que, más o menos exhaustivamente, se refieren las sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 4 de febrero, 20 de marzo y 22 de abril de 1980, 18 de enero y 13 de marzo de 1982, 2 de octubre de 1984 y 13 de diciembre de 1985, 22 de abril de 1986, 19 de junio de 1987 y 25 de marzo de 1988.

homogeneizable y, por lo mismo, susceptible de apreciarse en una gradación diferenciadora.

3.º Factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, traducido en normas convivenciales y experienciales tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios a terceros, o en normas específicas reguladoras y de buen gobierno de determinadas actividades que, por fuer de su incidencia social, han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, en cuyo escrupuloso cumplimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro dimanante de las dedicaciones referidas; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes, al provocarse la violación de las susodichas normas, exigentes en el deber de actuar de una forma determinada erigida en regla rectora de un sector actuacional.

4.º Origenación de un daño, temido evento mutatorio o alterador de situaciones preexistentes.

5.º Adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado e inobservante, desatador del riesgo, y el *damnum* o mal sobrevenido, lo que supone la traducción del peligro potencial entrevisto o podido prever en una consecuencialidad real, en un efectivo resultado lesivo.

La STS 1841/2000, de 1 de diciembre, utiliza un lenguaje más claro para sintetizar los requisitos de la imprudencia punible. Son los siguientes: a) un factor normativo externo consistente en la infracción de un deber objetivo de cuidado que consiste en un comportamiento esperado socialmente y definido atendiendo a un conjunto de reglas de experiencia expresivas de la forma de comportamiento adecuado a adoptar en cada caso por personas de inteligencia y prudencia normales; b) un elemento subjetivo consistente en una acción u omisión voluntaria, pero totalmente carente de dolo, y que se caracteriza por omitirse psicológicamente por el agente el cumplimiento del deber de cuidado descuidando las precauciones que permitirían impedir consecuencias nocivas previsibles y prevenibles o evitables; c) resultado de un daño; y d) relación de adecuada causalidad entre la acción u omisión imprudente o negligente del sujeto y el resultado dañoso producido.

A todos estos requisitos debe añadirse el de la tipicidad: solo pueden ser castigadas las infracciones imprudentes previstas por la ley penal (art. 13 del CP).

Un ejemplo de infracción del deber de cuidado fue el tratado por la STS 1841/2000, de 1 de diciembre. Los hechos fueron los siguientes: 57 niños, alumnos de un colegio, hicieron una excursión de fin de curso a la playa, acompañados por tres maestros (los acusados Noeli, José Antonio y José María), responsables de su cuidado. En aquella fecha el estado del mar en la localidad costera fue de marejadilla, con olas de hasta medio metro y resaca. Al llegar a la playa, los niños y los profesores depositaron sus enseres en la arena, extendieron sus toallas y rápidamente la mayoría de los niños entraron en el mar. De entre los menores componentes de la excursión algunos no sabían nadar; en lo que aquí interesa, a los profesores les constaba que Esmeralda, de 9 años de edad, no sabía nadar, desconociendo con seguridad si sabía hacerlo Nicolás, de 8 años de edad. Al poco de haberse introducido los niños en el agua y a causa de la falta de vigilancia de los tres adultos responsables del grupo, Nicolás y Esmeralda, que se estaban bañando sin ser sometidos a control alguno por parte de los tres profesores, tuvieron que ser rescatados del agua por terceras personas, ajenas a la excursión, que se hallaban en la playa realizando sus quehaceres respectivos, quienes observaron los signos de socorro que la niña realizaba con las manos, y que procedieron, ya en la arena, a intentar la reanimación de ambos, auxiliados por miembros de la policía local de la población, sin que los profesores se apercibieran de lo sucedido, haciendo acto de presencia sólo cuando ya se estaban desarrollando los primeros auxilios a los dos niños.

Nicolás falleció a causa de la asfixia sufrida por la sumersión en agua salada y Esmeralda consiguió salvarse tras ser reanimada y atendida hospitalariamente.

El Tribunal Supremo afirma que «en el presente caso, el deber de cuidado de los recurrentes consistía en la vigilancia y las intervenciones oportunas de la salvaguarda de los menores, de cuya seguridad se habían encargado al llevarlos a la playa para bañarse, teniendo en cuenta las circunstancias natatorias de los menores, que debían previamente conocer, y la posibilidad, seguramente no infrecuente, de que algunos que se sustrajeran en ocasiones a la acción de vigilancia y guarda alejándose o separándose de los demás». Añade el Alto Tribunal que los condenados «tomaron medidas para organizar la actividad de los cincuenta y siete menores que habían asumido vigilar y guardar, distribuyéndose funciones a tal fin, pero omitiendo los tres observar si todos seguían sus instrucciones y esa omisión duró bastante tiempo, pues ni siquiera cuando los dos menores afectados en el caso dieron muestras de encontrarse en peligro, se dieron cuenta de la situación y fueron otras personas ajenas a los tres profesores las que procedieron al salvamento. Tal omisión de vigilancia por los tres acusados y subsiguiente omisión también de la intervención posible para evitar males, determinó causalmente el fallecimiento de uno de los dos menores. Con todo ello se comprueba la concurrencia en este caso de los requisitos necesarios para la apreciación de imprudencia».

El Tribunal Supremo consideró, además, que la imprudencia era grave (culpa lata) y no leve como pretendían los recurrentes: «Para la determinación de la entidad de la imprudencia hay que atenderse: 1) a la mayor o menor falta de diligencia mostrada en la acción u omisión constituyente de la conducta delictiva; 2) a la mayor o menor previsibilidad del evento que sea el resultado, y 3) al mayor o menor grado de infracción por el agente del deber de cuidado que según las normas socio culturales vigentes de él se esperaba (STS de 18 de marzo de 1999, con cita de otras anteriores). En el caso que se considera es cierto que se tomaron por los profesores algunas precauciones elementales como fue repartirse sus tareas en la organización de la actividad recreativa de los escolares, pero omitiendo los tres incluir en su conducta la vigilancia de quienes pudieran tener problemas que debían haber tenido en cuenta dada la situación del mar con olas de medio metro y resaca y la circunstancia de que algunos de los menores no sabían nadar, con lo que no acomodaron su conducta a los patrones de prevención que las circunstancias exigían para evitar daños a otras personas. En cuanto a la previsibilidad del riesgo se ha de tener en cuenta que era elevada considerando que se trataba de un grupo no excesivamente numeroso, pero sí importante, de cincuenta y siete niños, de corta edad pues eran alumnos de tercero, cuarto y quinto curso de básica, que algunos no sabían nadar y que el mar no estaba tranquilo. La entidad de la infracción por los profesores de sus deberes de vigilancia e intervención cuando fuera necesaria, es elevada porque no sólo no se adaptó a las particulares exigencias de edad de los escolares y falta de conocimiento natatorios de algunos de ellos, y a las condiciones del mar fácilmente observables de resaca e importancia de las olas, sino que el descuido fue temporalmente de bastante duración, pues no se enteraron de la situación de los menores que tuvieron problemas sino cuando otras personas circunstanciales advirtieron la situación difícil de los mismos y ya habían procedido a sacarles del agua y a intentar su salvamento. En tales condiciones es evidentemente correcta la calificación de grave de la imprudencia.

B) El resultado: «desvalor de resultado»

En el delito imprudente, la realización del tipo de lo injusto requiere no solo la infracción o inobservancia del deber de cuidado, sino también la producción de un resultado. Al «desvalor de la acción» (acción imprudente) le ha de seguir el «desvalor del resultado» (producción de resultado prohibido) para que la conducta sea punible. En los delitos imprudentes hay, por tanto, un componente que queda al azar (el desvalor de resultado) y –por más que la acción culpable sea idéntica en varios casos– sólo cuando aquel resultado se produzca estaremos ante un delito culpable.

Con todo, como seguidamente veremos, no siempre basta que se dé el binomio «desvalor de acción–desvalor de resultado», para que la acción imprudente sea punible; se precisa, además, una relación de causalidad entre ambos, que el resultado sea la consecuencia lógica del peligro inherente o creado por la acción y que el resultado esté dentro del ámbito de protección de la norma vulnerada (STS 122/2002, de 1 de febrero). Una extensión acrítica y sin medida del principio enunciado como «el que es causa de la causa es causa del mal causado» (teoría de la equivalencia de las condiciones)⁽¹³³⁾ puede llevarnos a extremos indeseables⁽¹³⁴⁾. Por ello, para mitigar esos efectos indeseables y determinar afinadamente si existe o no relación de causalidad, se han elaborado doctrinal y jurisprudencialmente los criterios que perfilan la causación adecuada para restringir el ámbito de la imputación a aquello que es jurídicamente relevante (*teoría de la imputación objetiva*).

Sobre la relación de causalidad y la imputación objetiva, afirma la STS 16/1997, de 21 de enero, lo siguiente:

La causalidad es el nexo causal que ha de concurrir entre acción y resultado para que éste pueda imputarse al autor como hecho propio y exige la comprobación de que el resultado típico es producto de la acción pero exige además una relación específica que permita imputarle objetivamente al sujeto. La afirmación, pues, de que una acción ha causado un resultado, no es más que un presupuesto, a partir del cual hay que precisar si esa causación del resultado es objetivamente imputable a la acción causal del sujeto. El juicio de imputación objetiva exige, pues, dos elementos: la existencia de relación de causalidad natural entre acción y resultado y que el resultado sea expresión del riesgo creado y el fin de protección de la norma, de suerte que es objetivamente imputable un resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma penal

(133) La teoría de la equivalencia de condiciones establece que quien realiza una agresión ilegítima contra otra persona es responsable del resultado de lesiones o de muerte aunque hayan contribuido otras condiciones, como la constitución corporal, o enfermedades previas o posteriores de la víctima, deficiencias en el tratamiento de las heridas, o errores médicos, etc. Esta doctrina del *versare in re illicita* se sintetiza en dos aforismos: El que es causa de la causa es causa del mal causado o el delincuente responde de sus actos y de todas sus consecuencias (STS de 23 de febrero de 1983).

(134) La STS de 20 de junio de 1979 decía a este propósito: «la relación de causalidad o nexo causal es concepto importado de las ciencias naturales aunque procedente de la Filosofía, y con él se expresa una conexión necesaria entre un antecedente (causa) y un consecuente (efecto), tratándose de averiguar qué papel desempeña en el complejo causal un acto humano libre que se inserta entre los antecedentes del resultado, para cuya averiguación se puede acudir a unas teorías individualizadoras, que distinguen entre condicionamientos y causa, para las cuales dicha causa es la condición más eficaz o el impulso decisivo para la cualidad del efecto, o a otras generalizadoras, que no reconocen esa distinción y entre las cuales figura la de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*; doctrina de impecable corrección lógica pero que puede conducir a consecuencias absurdas e imposibles, y según la cual es causa toda condición que, suprimida mentalmente, daría lugar a que no se produjera el resultado.

que el autor ha vulnerado mediante una acción creadora de riesgo o peligro jurídicamente desaprobado (cfr. sentencias de 1 de julio de 1991, 15 de octubre de 1992, 29 de enero y 13 de octubre de 1993 y 17 de julio de 1994).

Y, respecto a la evolución jurisprudencial sobre la relación de causalidad (doctrina de la equivalencia de condiciones-imputación objetiva), en la STS 30/2001, de 17 de enero, podemos leer lo siguiente (fj 7):

En los delitos de resultado, para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad, la doctrina actual acude al concepto de imputación objetiva, entendiendo que hay tal relación de causalidad siempre que la conducta activa u omisiva del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones o *condictio sine qua non*, relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva, que existe cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado (sentencias de esta Sala de 20 de mayo de 1981, 5 de abril de 1983, 1 de julio de 1991, y más recientemente la de 19 de octubre de 2000).

Pueden tomarse en consideración los siguientes criterios sobre imputación objetiva:

a) *El incremento notable del riesgo normal.* Cuando el resultado se hubiera causado tanto si el autor actúa correctamente como si lo hace imprudentemente, hay quien niega la causalidad siempre que exista una razonable seguridad de que el resultado no hubiera podido ser evitado ni siquiera actuando correctamente⁽¹³⁵⁾. Pero también puede argumentarse que, si la acción culpable supuso un notable incremento del riesgo normal de que el resultado se produjese, éste podría ser imputado al autor de la acción imprudente. El incremento del riesgo equivaldría aquí a la generación o creación del mismo; ello, junto a la causalidad, determinaría la imputación del resultado.

b) *Los procesos causales irregulares o complejos.* No puede imputarse objetivamente el resultado cuando éste es ajeno a la acción imprudente; cuando no es la consecuencia precisa, natural, directa y lógica de la realización del riesgo

(135) Muñoz Conde pone el ejemplo del ciclista borracho que cae ante las ruedas de un camión, al ser adelantado por éste a mayor velocidad de la permitida; aunque el resultado se hubiera producido igualmente pese a que el camionero manejara correctamente.

implícito en la acción culposa. El resultado es, en estos casos, la consecuencia natural de una concausa o de un accidente extraño. Por ejemplo, si una acción causa lesiones leves a una persona que, al ser trasladada al hospital, muere en un accidente de tránsito o muere por una deficiente actuación médica.

Como se ve, en los procesos causales complejos interviene, además de la acción culposa, un «accidente extraño». Para saber hasta qué punto esta otra concausa excluye o no la relación de causalidad entre el resultado final y la conducta culposa, es menester distinguir entre hechos o circunstancias preexistentes, simultáneas y sobrevenidas. Únicamente las circunstancias sobrevenidas excluyen la causalidad si se originan por un accidente extraño. La jurisprudencia española avala este planteamiento. Con referencia a los cursos causales complejos, la STS 16/1997, de 21 de enero, advierte que «en los mismos tiene lugar una acumulación de causas, pues junto a una causa inmediata pueden concurrir causas precedentes o preexistentes –lesiones orgánicas anteriores, debilidad física constitucional–, concomitantes o simultáneas –infección tetánica, colapso cardíaco– y sobrevenidas; sólo estas últimas excluyen la causalidad, si se originan por un accidente extraño, que no tiene relación con el hecho cometido por el agente. Esto suele acontecer cuando a la causa inicial se le añade una acción u omisión ilícita, ya sea dolosa o imprudente, de otra persona o de la propia víctima».

Sirva también como ejemplo jurisprudencial lo expuesto en la STS 1210/2003, de 18 de septiembre (fj 4.H):

Quando se producen cursos causales complejos, esto es, cuando contribuyen a un resultado típico la conducta del acusado y además otra u otras causas atribuibles a persona distinta o a un suceso fortuito, suele estimarse que, si esta última concausa existía con anterioridad a la conducta del acusado, como pudiera ser una determinada enfermedad de la víctima, ello no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva, y, si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpado, como sucedería en caso de accidente de tráfico ocurrido al trasladar en ambulancia a la víctima de un evento anterior, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento.

c) Ámbito o fin de protección de la norma lesionada. Cuando el resultado no es expresión de la finalidad de protección de la norma lesionada, no puede efectuarse una imputación objetiva del resultado a quien actuó culposamente. Sólo es imputable el resultado que está dentro del ámbito de la norma vulnerada por el autor mediante la creación de riesgo o peligro jurídicamente desaprobado (STS 122/2002, de 1 de febrero). Cuando el resultado producido no tiene nada que ver con el fin de la norma infringida, se niega la imputación objetiva. Por ejemplo, en una intervención quirúrgica muere un menor por la mala praxis del médico y, al conocer la noticia,

fallece de un infarto la madre del niño. Las normas, protocolos, y prácticas (la *lex artis*, en fin) que disciplinan la práctica de la medicina están para prevenir resultados lesivos de los pacientes, no de los allegados a los mismos. Al médico que realizó una mala praxis y, a consecuencia de ello, murió el menor, le será imputable la muerte de éste, pero no la de su madre.

2. IMPRUDENCIA PROFESIONAL

Quintano Ripollés afirma que la profesión puede influir, y de hecho influye, para determinar en múltiples ocasiones la culpa, o para graduar su intensidad, pues lo que puede ser una culpa simple para un particular, es susceptible de adquirir proporciones de notoria temeridad para el profesional de una ciencia o arte determinados. Y es que, efectivamente, los riesgos que desencadena la práctica de algunas profesiones y la relevancia de los bienes jurídicos que pudieran quedar menoscabados con su ejercicio, exigen una especial diligencia a las personas que intervienen en esos ámbitos que aparecen profesionalizados.

Mir Puig afirma que la «imprudencia profesional» ha de entenderse en el sentido de realización de determinada conducta sin los conocimientos o cautelas necesarios en el sector profesional a que aquélla pertenece. Y especifica que una interpretación de esta índole no exige el carácter de profesional en el autor, sino sólo la falta de la diligencia debida en un determinado sector profesional. El concepto de impericia está relacionado con la falta de conocimiento y falta de habilidad necesarios, no con la inexistencia de un título. Así, el intruso que ejerce actos de la profesión médica sin los debidos conocimientos y causa un resultado lesivo ha de incurrir en impericia profesional, aunque tal intruso no sea un profesional.

Otro sector doctrinal, sin embargo, considera imprescindible que el sujeto activo sea un profesional de la actividad en la que cometió la acción imprudente, obligando así el deber de pericia sólo a los profesionales (p. ej., Rodríguez Devesa).

Jiménez de Asúa parece seguir un criterio material y sustantivo cuando afirma que no debe limitarse la calidad de profesional a quien tiene un título expedido por el Estado, sino que puede bastar una certificación de aprendizaje o simplemente la dedicación habitual al oficio; lo importante es que el autor tenga esa actividad como profesión u oficio suyo. En el mismo sentido, señala Luzón Domingo que un sujeto podrá cometer imprudencia profesional, en el uso de vehículos de motor, aunque carezca de carné de conductor, en el caso –que reconoce excepcional– de que a pesar de carecer de tal carné hubiera hecho de dicha actividad un medio habitual de vida. Así, la STS 537/2005, de 25 de abril, afirma que «la imprudencia agravada por su consideración de profesional, en modo alguno está condicionada a que la

recurrente tuviera un título académico para desarrollar la industria de la que era titular» (la acusada, además de ser la titular de la empresa, ejercía toda la dirección de la misma y todas las decisiones pasaban por su mano).

Las actividades profesionales a las que se ha aplicado en la práctica judicial el carácter de imprudencia profesional podemos dividir las en cuatro sectores fundamentales: el tránsito viario; la medicina (médicos de diferentes especialidades); la construcción (arquitectos, aparejadores, constructores y encargados de obra); y profesionales que emplean armas de fuego (policía y vigilantes jurados). Ahora bien, ello no quiere decir que no concurren otros supuestos aislados de profesionales a los que también se les ha aplicado la imprudencia profesional. Y así, tenemos el caso de un periodista (STS 29 de enero de 1983, caso Vinader), un bodeguero (STS de 22 de abril de 1987), una puericultora (STS de 27 de abril de 1989), y algún otro que no se comprende en aquellos cuatro sectores profesionales.

A) El deber objetivo de cuidado (cuidado externo)

Ya tratamos anteriormente el deber de cuidado, diciendo que, dentro del tipo del delito imprudente, se distinguen el deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado), que es el deber de advertir el peligro para el bien jurídico protegido y valorarlo correctamente; y el deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), concebido como deber de realizar un comportamiento externo correcto con objeto de evitar la producción del resultado típico⁽¹³⁶⁾. También advertimos, respecto del «deber objetivo de cuidado» (cuidado externo), que, en el ejercicio de determinadas profesiones, adquieren singular relevancia las normas específicas que regulan ese

(136) La STS de 4 de septiembre de 1991 lo explica así: «La culpa penal fue centrada por esta Sala en su resolución de 2 de mayo de 1975, reiterada en otras muchas posteriores, como la voluntaria omisión de la diligencia personal, y del deber objetivo del cuidado exigido que genera en una adecuada relación causal un resultado punible y que por su naturaleza de previsible pudo y debió preverse por el agente, cuya conducta ha de reprocharse culpabilísticamente, por su manifiesta e indebida deficiencia. Constituye, por tanto, una infracción objetiva de cuidado destinada a proteger un bien jurídico que en definitiva resultó lesionado y que hubiera podido evitarse mediante la obediencia por parte del agente de las prescripciones de la norma. De tal concepto se desprenden dos presupuestos que lo constituyen. El denominado psicológico –intelectivo y volitivo a la vez– que aparece integrado por la falta de previsión de lo que había posibilidad de prever y se podía conocer y evitar, originado por la omisión espiritual y anímica del agente, consciente y voluntaria de la atención y de la diligencia del comportamiento que realiza, originadora del riesgo y peligro y por derivación del evento dañoso. El llamado elemento normativo de la exigibilidad, que si en el dolo supone un límite, en la culpa es elemento esencial, que se origina por la omisión del deber objetivo de cuidado, impuesto por las normas de ciencia, experiencia, cultura, que de haberse observado impediría en el resultado reprochado en el tipo penal en abstracto y que debe reprocharse en concreto por tener capacidad y eficacia para poder evitar el resultado».

sector profesional (leyes, ordenanzas, principios jurisprudenciales, usos y costumbres). En el sector del tránsito automovilístico, en materia de construcción, habrá que estar a la normativa sectorial hondureña. Dentro del sector de las profesiones que utilizan armas de fuego, habrá que estar a las normas que determinan el cuidado que deben tener los militares, policías, cuerpos de seguridad y vigilancia sobre el manejo de armas de fuego. Y, en el caso de la sanidad, deben aplicarse singularmente las reglas de la experiencia incluidas bajo el nombre de la *lex artis*.

En cualquier caso, ha de tenerse presente que las citadas reglas sectoriales no siempre coinciden exactamente con el deber objetivo de cuidado, pues aquéllas tienen un carácter general meramente indicativo u orientativo, mientras que el deber objetivo de cuidado ha de determinarse en cada situación concreta, de acuerdo con diferentes factores e intereses en juego. Por ello, puede afirmarse que la inobservancia de la norma de cuidado no conlleva *eo ipso* (por sí mismo) la realización típica del hecho imprudente, sino que será precisa la concreción del deber objetivo de cuidado a través de una valoración judicial.

La cuestión es cómo determinar los estándares o baremos aplicables para establecer el deber objetivo de cuidado. Hay dos opciones: establecer un baremo general del hombre medio en su respectivo ámbito profesional o bien individualizar las condiciones y capacidades específicas de cada profesional en concreto⁽¹³⁷⁾. La doctrina dominante atribuye al tipo del injusto la infracción del deber general o medio de cuidado, mientras que en la culpabilidad se examinarían las capacidades y habilidades singulares del autor y la posibilidad de evitar con ellas el resultado lesivo⁽¹³⁸⁾.

(137) El ejemplo prototípico a que suele acudir para formular la cuestión es el del cirujano con una capacidad y habilidad muy superiores a la media, que no realiza una intervención quirúrgica con arreglo a esas capacidades sino empleando otras inferiores, pero dentro de las correspondientes al cirujano medio. Mientras que en el extremo contrario, se cita al cirujano infradotado que realiza una intervención con una capacidad y conocimientos técnicos inferiores al del cirujano medio.

Hay quienes sostienen (Octavio de Toledo-Huerta Tocildo) que la norma de cuidado se fija con referencia al hombre medio cuidadoso del mismo círculo o ámbito de relaciones que el autor y dotado de similares conocimientos y aptitudes (cirujano cuidadoso y especializado en determinadas técnicas no usuales o no divulgadas suficientemente entre otros cirujanos). Otros (Mir Puig) defiende una concepción del deber objetivo de cuidado acorde con los poderes individuales del autor, afirmando que a todos debe de exigirse un nivel de cuidado ajustado al grado de esfuerzo que se requiere al hombre medio, pero añade que ello obliga a esperar más del que con el mismo esfuerzo más podía.

(138) La cuestión no es baladí. Tiene una incuestionable trascendencia práctica: si para determinar la infracción del deber de cuidado se aplica un estándar general, referido al profesional medio, la conducta del cirujano excepcional que no pusiera todo su esfuerzo, conocimiento y

Desde la perspectiva judicial, no parece factible determinar el deber objetivo de cuidado con arreglo al grado de esfuerzo aplicado por una persona en una acción concreta. Se trata de un baremo apenas objetivable y muy difícil de verificar procesalmente, pues supondría entrar a pormenorizar mediante pruebas el grado de esfuerzo realizado por los profesionales en sus diferentes actividades, entrando a calibrar, por ejemplo, el estado psíquico y físico que presentaba en el momento de realizar una intervención quirúrgica, su capacidad en ese momento, y otros factores individualizadores que son más propios de la culpabilidad que del injusto típico, y, en todo caso, poco asequibles a la actividad probatoria (Jorge Barreiro). Además, ubicar las aptitudes, conocimientos y habilidades singulares y excepcionales en el injusto – sobre todo en relación con ciertas profesiones técnicas– conllevaría una gran dificultad para fijar un criterio interpretativo válido sobre el deber de cuidado exigible, toda vez que la fijación de tal criterio exige que esté referido a un grupo social de cierta amplitud; ello con independencia de que tales aptitudes, conocimiento y habilidades del individuo en particular se tomen en consideración en el ámbito de la culpabilidad, pero no en el de la antijuridicidad.

Por lo tanto, se considera que el deber objetivo de cuidado ha de establecerse con unos índices mínimos de generalidad y objetividad, y no de forma atomizada y singularizada. Naturalmente que se han de tener en cuenta las circunstancias, los conocimientos y aptitudes que concurren en el momento *ex ante* a la ejecución del hecho, pero ello ha de ponerse en relación con la conducta que observaría un hombre diligente de ese mismo contorno o ámbito socio-laboral en esa misma situación y con similares conocimientos y aptitudes. Es posible que, desde esta perspectiva, queden fuera del ilícito penal determinadas actuaciones de profesionales con extraordinarias aptitudes no incardinables en un grupo profesional medio que sirva de referencia comparativa; ahora bien, no ha de olvidarse que estaríamos ante conductas excepcionales que, en cualquier caso, cumplirían con el deber objetivo de cuidado susceptible de normativización.

Veamos algunos ejemplos jurisprudenciales sobre el deber objetivo del cuidado en relación con la imprudencia de profesionales:

— En la STS de 7 de junio de 1976 se condenó por una falta de imprudencia leve a un camionero al que se le averió el mecanismo de frenada. El Tribunal entendió que si bien pudo deberse ello a fuerza mayor, al profesional le es imputable

atención en el ejercicio de la actividad, aunque acabase desencadenando un resultado lesivo, no podría calificarse de antijurídica siempre que hubiera actuado, al menos, conforme al estándar medio de diligencia. Le bastaría con prestar el cuidado del profesional-medio, para que su conducta no pudiera subsumirse en el ilícito penal.

no haber empleado el freno de mano o el cambio de marcha ni haber tampoco utilizado las señales acústicas con el fin de alertar a los peatones. Y especifica:

[Son] todas ellas previsiones que deben ser conocidas por un conductor profesional de mayor técnica y experiencia, a quien debe serle exigida una mayor diligencia que la media de un conductor normal en la guarda y tutela de la incolumidad individual y pública, pero que en este caso por las razones explicadas sólo suponen una culpa leve.

— En ocasiones, a la hora de determinar la responsabilidad del acusado, el Tribunal Supremo acude a criterios individualizadores y toma en consideración las concretas potencialidades del sujeto infractor para exigir una conducta más cuidadosa «a quien más puede y sabe», pero dentro del juicio de culpabilidad (como elemento más bien propio del cuidado interno o deber subjetivo de cuidado), no desde la perspectiva de la antijuridicidad. Buena muestra de ello es la STS de 2 de noviembre de 1981 (RJ 1981\4281):

Para poder exculpar al agente en esta clase de delitos (culposos) es necesario demostrar, dada la naturaleza eminentemente subjetiva del juicio de culpabilidad que éste obró, no sólo con la diligencia ordinaria que le sería exigible a cualquier persona en circunstancias análogas, sino con las debidas al caso concreto, puesto que los mayores conocimientos y poderes poseídos por el sujeto individual aumentan indudablemente la previsibilidad y evitabilidad del resultado antijurídico y por tanto fundamentan la exigibilidad de una conducta más cuidadosa, ya que a quien más puede y sabe, cabe exigirle la puesta en funcionamiento de todas sus potencialidades para evitar que su actuación pueda dañar al prójimo [...]. El legislador patrio, tuvo en cuenta las facultades subjetivas del agente combinando acertadamente ambos criterios, porque si en el juicio referente a si el autor ha respetado la medida media de cuidado que se estima necesario para la evitación del resultado, puede aplicarse solamente un criterio objetivo, ello no parece suficiente para situar los límites naturales y éticos de la exigibilidad, sino que para un mayor acierto y justicia del juicio a emitir, deben ser asimismo consideradas las circunstancias subjetivas del agente que éste poseía y no utilizó; criterio asimismo sustentado por esta Sala más o menos esporádicamente, desde las remotas SS. de 4 de diciembre de 1884 y julio de 1890, en las que ya se sostiene que «la culpa debe ser conceptualizada como más grave, cuanto más asequible resultaba a la persona que ejecutó el acto el conocimiento de las causas que lo motivaron» con lo que resulta atendida en la calificación de la conducta enjuiciada no sólo la vertiente normativa de la conducta culposa, sino también la subjetiva que valora las capacidades personales del imputado, para individualizar en el mismo la posibilidad de cumplimiento de los deberes infringidos, pues no basta que éste se haya mantenido dentro de la esfera del cuidado debido exigible al ciudadano común, cuando se hallaba en perfecta situación, dados sus especiales conocimientos y posición dirigente, para haber podido, cumpliendo el cometido al que se había comprometido, previsto y evitado el evento dañoso.

— En algunas sentencias relacionadas con imprudencias médicas se recogen como datos específicos para calibrar el deber objetivo de cuidado los conocimientos y los medios técnicos con que contaba el profesional. En tal sentido, la STS de 17 de julio de 1982 (RJ 1982\4693) afirma:

Una infracción grave en que incurre un médico recién salido de la facultad o un médico rural puede no tener trascendencia penal, y sí en cambio una leve infracción de un cirujano famoso

rodeado de ayudantes y medios técnicos abundantes.

Y la STS de 20 de diciembre de 1990 argumenta que «hubo, desde luego, un error de diagnóstico en su actuación profesional al haber detectado sólo un catarro que afectaba a las vías respiratorias bajas, cuando, además, existía en el paciente un proceso tuberculoso, del cual no sospechó, sin que, por lo antes expuesto, en atención a los medios de que disponía en su consulta de la prisión de Herrera de la Mancha, pueda entenderse que hubo negligencia en su comportamiento profesional». Lo mismo puede leerse en la STS de 13 de noviembre de 1992 que, al tratar el deber de cuidado exigible al acusado, lo hace con referencia a «la situación concreta en que éste se encontraba»:

Esa medida de exigibilidad [...] 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 aquella que suele observar un ciudadano medio con esas mismas cualidades y en esas mismas circunstancias.

— Es de reseñar, finalmente, que, en la imprudencia profesional, queda fuera del ámbito del injusto culposo «la falta de extraordinaria pericia o cualificada especialización» (SSTS, entre otras, de 10 de marzo de 1959, 8 de octubre de 1963, 5 de febrero de 1981, 8 de junio de 1981 y 4 de septiembre de 1991). Quiere ello decir que el deber de cuidado sobre el que se construye el tipo penal imprudente es el correspondiente al profesional medio dentro del mismo ámbito en que actuaba el presunto culpable; incurrirá, por tanto, en ilícito penal el profesional que, por no alcanzar ese nivel, infrinja la norma de cuidado y lesione un bien jurídico.

B) El deber subjetivo de cuidado (cuidado interno)

a) *Culpa consciente y culpa inconsciente*. El deber subjetivo de cuidado (cuidado interno) obliga a advertir la presencia del peligro en su gravedad aproximada y a evitarlo, como presupuesto de toda acción prudente. La omisión de este deber presenta dos formas que difieren –no por su gravedad– sino por la naturaleza del deber de cuidado infringido, cuales son la culpa consciente y la culpa inconsciente. En la primera, el sujeto advierte el riesgo pero no evita la lesión (incumple la obligación de evitar el resultado lesivo); en la segunda, no advierte el riesgo (incumple la obligación de advertir el peligro). Bien claro señala la STS 1351/2002, de 19 de julio, que las dos formas de infringir el deber subjetivo de cuidado son: «la culpa inconsciente en que se infringe voluntariamente el deber de advertir el riesgo y la culpa consciente en que se infringe de la misma manera el deber de evitar el riesgo advertido».

Así, sabemos que los tipos culposos se caracterizan porque el sujeto no quiere causar la lesión (de lo contrario estaríamos ante un tipo doloso). Pero, si el sujeto advierte la posibilidad del resultado lesivo (aunque no lo quiera) y, sin embargo, actúa, en la confianza de que no dará lugar a dicho resultado, se puede afirmar que estamos ante una culpa consciente. En cambio, en la culpa inconsciente, el sujeto ni siquiera prevé o advierte –siendo su obligación hacerlo– la posibilidad del peligro. La STS 561/2002, de 1 de abril, apunta al respecto que la comisión de un delito de imprudencia supone:

En primer lugar, una acción u omisión voluntaria que crea una situación de riesgo previsible y, si fuese previsto, evitable para bienes jurídicamente protegidos; en segundo lugar, la infracción de una norma social de cuidado que obliga, bien a advertir el riesgo que se crea con la acción u omisión, bien a evitar que el riesgo se concrete en una efectiva lesión, obligaciones que dan lugar respectivamente, si se infringen, a la culpa inconsciente por no haber sido advertido el riesgo y a la culpa consciente por no haber sido evitada la lesión, sin que forzosamente haya de considerarse más grave la consciente que la inconsciente.

Para la existencia del tipo imprudente no es suficiente la constatación de un peligro objetivo, sino que es necesario que ese peligro sea cognoscible por el sujeto. La obligación de advertir el peligro para el bien jurídico supone siempre la posibilidad de preverlo, de ahí la relevancia del elemento de la «previsibilidad» para determinar la infracción del deber de cuidado interno. En lo atinente a la imprudencia profesional, ya se ha dicho que la exigencia de previsibilidad es mayor para quien tiene la condición de profesional que para quien carece de ella, habida cuenta que los conocimientos, experiencias y aptitudes de aquél conllevan una más elevada capacidad de previsión del peligro. El profesional ha de advertir con más facilidad que un profano la existencia del riesgo, su alcance efectivo y sus posibilidades de evitarlo y controlarlo⁽¹³⁹⁾.

Es de retener, finalmente, que la jurisprudencia suele ubicar la previsibilidad en la culpabilidad, fiel, en gran medida, a la concepción causalista que considera el dolo y la culpa como formas de culpabilidad y no del injusto típico (véase, por ejemplo, la STS de 2 de noviembre de 1981, transcrita *ut supra*). En la STS de 22 de diciembre de 1982 señala el Alto Tribunal que «en los delitos culposos [...] el agente carece, como es propio y consustancial de esa *forma de culpabilidad*, de toda intención delictiva, reprochándosele el resultado lesivo no por su propósito, intención o dolo, sino por causas distintas como lo son el no haber previsto lo que era fácilmente

(139) La obligación de advertir la existencia del peligro (culpa inconsciente), siempre que ésta sea previsible, es mayor en el caso del profesional que en el del profano. En el caso de que el profesional hubiera previsto el peligro y, ello no obstante, decidiera actuar confiado en poder controlarlo y evitar el resultado (culpa consciente), tal error sobre su capacidad de control del peligro y de evitación del resultado es más grave que si lo hubiera cometido un profano.

previsible, prevenible y evitable».

b) *Culpa consciente y dolo eventual*. En muchos casos es necesario deslindar la línea fronteriza entre la culpa consciente y su vecino el dolo eventual. La STS de 5 de noviembre de 1990 examina el problema desde las tres teorías principales ensayadas por la dogmática en este punto:

1. La teoría de la *probabilidad* del resultado captado por el sujeto, en la que basta que la posibilidad del evento sea tan alta que pueda decirse que se la representa como probable, lo que es suficiente para que su conducta ingrese en el dolo eventual; criterio que ensancha los dominios de dicha especie dolosa a costa de la culpa consciente, pues, si el peligro es antesala de la culpa y aquél no es otra cosa que la posibilidad cognoscitiva de la producción de un acontecimiento dañoso determinado, ya se ve que basta la representación o previsión del resultado, sin indagación sobre la posición de la voluntad del sujeto, para que surja el dolo eventual, siendo así que el dolo, en cualquiera de sus especies es conciencia y voluntad del hecho punible, es decir, que para salvar el elemento emocional del dolo, se supone la volición del resultado asumido por el sujeto ante la objetiva probabilidad de su producción.

2. La teoría del *sentimiento* añade algo más al pensamiento de la pura representación, a saber, la pasividad, la indiferencia de los sentimientos del autor frente al resultado pensado por él como posible y aun probable; incluso tales sentimientos pueden ser de esperanza o agrado, pero la voluntad en sí misma permanece inerte, por lo que también en esta posición doctrinal, si bien ya se da entrada a la afectividad, no se compromete la total esfera psíquica del sujeto, ni exige, por tanto, el imprescindible elemento volitivo integrante del dolo; cosa esta última que logra la teoría del *consentimiento*.

3. En la teoría del *consentimiento*, también llamada del acogimiento o de la ratificación, el sujeto acepta o ratifica en última instancia el resultado posible, si llega a producirse, sea de una manera inicial y positiva, sea de una manera formulada hipotéticamente por el Juez en juicio de prognosis posterior, según el cual, se obtiene la convicción de que el agente hubiera obrado también en el caso de representarse el resultado como seguro; teoría esta última que, como se ve, es la que realiza con mayor pulcritud la exigencia volitiva inherente a todo dolo, que es ante todo voluntad de causación, sin que basten los meros deseos del sujeto aunque éstos se realicen y sin que baste a deducir su consenso de sus sentimientos.

En sentir de la jurisprudencia, la teoría del consentimiento es la más enraizada en la doctrina frente a otras como la de la probabilidad o la del sentimiento, y en ella son constantes las referencias a la aceptación del resultado de no necesaria

originación, frente al dolo directo, ya sea en su especie del primer grado o dolo de propósito en que hay absoluta concordancia entre la intención y el resultado, ya en la especie del segundo grado, llamada de consecuencias necesarias o indeterminado, en que a sabiendas de las consecuencias más graves ineluctablemente unidas al resultado querido, no se retrocede ante aquéllas (SSTS de 20 de abril de 1977, 8 de julio de 1985, 4 de marzo de 1986, 26 de diciembre de 1987, 22 de marzo y 18 de abril de 1988, y 9 de junio de 1989, entre otras muchas).

C) La exclusión de la antijuricidad

Las circunstancias excluyentes de la antijuricidad que han operado con motivo de ilícitos imprudentes, y que han sido tratadas por la doctrina, son el estado de necesidad (art. 24. 4 del CP) y el cumplimiento de un deber (art. 24.5 del CP).

a) *Estado de necesidad.* Podría pensarse que, si los delitos culposos se caracterizan por no querer el resultado, difícilmente serían compatibles con el propósito de evitar la causación de un mal, de suerte que la eximente de estado de necesidad sería inaplicable en estos delitos. Sin embargo, si bien la estructura de la imprudencia se caracteriza por la ausencia de voluntad con respecto al resultado delictivo, en la misma concurre un querer jurídico-penalmente relevante, a saber: la voluntad dirigida a infringir la norma de cuidado, a actuar descuidadamente (Córdoba Roda). Piénsese en el ejemplo del conductor que, con el fin de aligerar el traslado de un enfermo a una clínica, incurre en varias infracciones de tráfico y acaba arrollando a un peatón⁽¹⁴⁰⁾.

(140) La STS de 2 de junio de 1980 examina un caso de accidente de tránsito, en el que no descarta la aplicación el estado de necesidad, si no fuera por otras circunstancias concurrentes en el actuar del recurrente: «La maniobra de emergencia realizada por el recurrente, ante la imprevista aparición de un carro de tracción animal que marchaba delante, en la misma dirección, sin señales de ninguna clase, conducido por los otros dos condenados, cuya conducta que ha sido benévolamente calificada por el Tribunal *a quo* de imprudencia simple cuando aparece claramente como temeraria, caería de lleno dentro del ámbito de la circunstancia justificante del estado de necesidad, exculpándole de toda responsabilidad criminal, por militar también en su favor el principio de confianza en el tráfico que hacía casi imprevisible el que por la misma ruta circulase el carro sin luces de posición encendidas, ni las correspondientes piezas reflectantes, si no fuera, porque al cruzarse con otro vehículo y cambiar reglamentariamente la luz larga que llevada, por la corta, debió reducir también concordantemente la velocidad a la de 40 kilómetros por hora como máximo, ya que el cambio de luces reduce considerablemente el espacio de visibilidad, en vez de seguir manteniendo la de 60 ó 70 kilómetros que llevaba, lo que le hubiera permitido, con un normal tiempo de reacción detenerse en un espacio aproximado de 12 metros evitando la colisión sin necesidad de invadir la zona de la carretera destinada a los coches que venían en dirección contraria a la suya, dentro de la que se produjo aquélla con el vehículo damnificado que marchaba correctamente por su derecha, por lo que resulta indudable que incurrió en una imprudencia simple con infracción reglamentaria al no atemperar como debía la velocidad de su vehículo a aquélla que le hubiera permitido detenerlo dentro del campo de

A los efectos de comparación del mal causado y el que se trataba de evitar, señala Mir Puig que aquél no será el resultado por sí mismo (por ej. la muerte de un peatón), sino sólo la realización de la conducta imprudente, en la medida de la gravedad del riesgo que *ex ante* con ella se corría, pues la decisión de si al actuar el autor podría asumir tal riesgo justificadamente no puede depender del resultado que luego se produzca, sino sólo del peligro que corría el bien en estado de necesidad y el peligro que suponía la acción descuidada.

b) Cumplimiento de un deber. La eximente de cumplimiento de un deber es alegada con frecuencia ante los tribunales, sobre todo por funcionarios de las Fuerzas de Seguridad que emplean armas de fuego en el ejercicio de su profesión.

Para Mir Puig la aplicación de la eximente depende de si la acción descuidada sigue hallándose dentro de los límites de la necesidad y proporcionalidad pese a su carácter imprudente; si la respuesta a esta cuestión fuese afirmativa, habría de estimarse la eximente. Cuando la imprudencia se debe a la creación de un peligro para terceras personas, que luego resultan lesionadas, la proporcionalidad requiere que la agresión al orden público que debe evitar la autoridad sea tanto o más importante que el peligro que supone intentar evitar dicha agresión de forma imprudente .

La casuística jurisprudencial nos ofrece una variada gama de ejemplos, apreciando en unos casos y en otros no la eximente de cumplimiento del deber con respecto a imprudencias profesionales de funcionarios de las Fuerzas de Seguridad.

Así, por ejemplo, la STS 277/2004, de 7 de marzo, estimó que concurría la eximente en el caso de un agente de policía que aparta y derriba a mujer que trata de impedir que aquél diera alcance a sospechoso. El Alto Tribunal estimó que, en la actuación de los policías actuantes, no aparece grado alguno de imprudencia, ni siquiera a título de leve, o de simple imprudencia, en el sentido de infracción de la más mínima diligencia en su actuar, «pues se limitan a apartar a quien les bloquea el paso, lo que supone la necesidad de ser éste franqueado, incluso por la fuerza (moderada a las circunstancias fácticas concurrentes, en virtud de una actuación policial que era, desde luego, precedente)». En el relato de hechos probados se recoge que el policía recurrente, «la cogió de un brazo y la apartó a un lado, para franquear el camino, cayendo la Sra. Ana María al suelo, y golpeándose en un lado de la cara con el marco de la puerta y unas cajas que allí había», de donde el

iluminación, cooperando así causalmente con su imprudencia, a introducir una concausa culpable en la producción del resultado lesivo ya descrito, por todo lo que procede la desestimación del único motivo del recurso».

Tribunal Supremo concluye:

No existe, pues, infracción normativa que se derive de tal relato: el policía aparta a quien le bloquea el paso, cogiéndola de un brazo, apartándola a un lado, para poder proseguir con la persecución del sospechoso, que era lo que pretendían los policías, y lo que impedía dicha señora, con plena intención, al bloquear su camino e interponerse entre los policías y el dueño del establecimiento, produciéndose una caída al suelo, que no se deriva de un comportamiento de fuerza excesivo por parte del acusado. La conclusión no puede ser otra que la imposibilidad de tener por probado cualquier módulo de negligencia en su actuación.

Un caso similar se estudia en la STS 1810/2002, de 5 de noviembre, en referencia a un policía municipal a quien, mientras estaba precintando un establecimiento, le es arrebatado el cartel que portaba como medio para realizar el precinto; al utilizar la fuerza física para recuperarlo, causó lesiones a la persona que le impedía su actuación:

El agente municipal acusado obraba en el cumplimiento de sus funciones y en la realización de una actividad de colocación de un precinto en un establecimiento comercial que se le había ordenado realizar y, frente a esa actividad, se opuso una conducta de la cónyuge del titular del establecimiento que pasó de las súplicas iniciales a una conducta activa de arrebatamiento al policía municipal del cartel que portaba como medio de realizar el precinto. La cuestión que se ha debatido sobre todo en el presente caso es la de la proporcionalidad de la reacción del policía que, en la sentencia recurrida se dice pudo haber consistido en la utilización de un medio menos violento. Sin embargo en el concreto momento de ocurrencia de los hechos el policía obró de forma proporcionada a la necesidad que comprendió tener de recuperar el documento que le había sido arrebatado, lo que pasaba por la precisión de detener la actuación de la mujer para lo que se valió tan sólo de su propia fuerza sin utilizar armas ni otros medios de violencia y sin que aparezca como posible el empleo de acción eficaz de menor violencia, con lo que se comprueba la proporcionalidad y consecuente legitimidad de la reacción policial y, en definitiva, de la concurrencia en el caso de todos los extremos necesarios para la apreciación de la eximente.

También se estimó la concurrencia de la eximente en el caso del policía al que se le dispara el arma cuando es golpeado por el coche conducido por personas que iba a identificar: llevar el arma en la mano y sin seguro no es conducta desproporcionada o imprudente. Dice la STS 351/2003, de 6 de marzo:

El llevar la pistola en la mano, montada y sin seguro es, realmente, una acción, por voluntaria y consciente, pero ello no constituye, ni siquiera como antecedente causal, una infracción grave ni leve de la norma de cuidado, puesto que en el escenario en que se desarrollan los sucesos, tal conducta debe reputarse apropiada a las circunstancias de grave riesgo que se cernía sobre el funcionario policial actuante, quien, al actuar, en todo caso, en el ejercicio de las funciones que le atribuye el ordenamiento, no ha producido un riesgo jurídicamente desaprobado cuyos resultados, mediatos o inmediatos deban serle reprochados siempre que, como aquí acontece, ese riesgo sea consecuencia necesaria de una actuación racional y proporcional a las circunstancias concurrentes.

En cambio, no se estimó aplicable por la STS 423/2002, de 12 de marzo, en el caso de la ocupante de un automóvil que fallece por disparo de un guardia civil que

intentaba detenerlo:

En el caso concreto, la acción consistente en disparar un arma de fuego desde un automóvil en marcha y sobre otro realizando movimientos bruscos y en cuyo interior había cuando menos una persona, revestía una altísima peligrosidad potencial. Tanto que la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad limita rigurosamente el uso de las armas y lo somete al imperativo del principio de proporcionalidad [art. 5.2, apartados c) y d)]. Y la propia Guardia Civil lo ha disciplinado de forma bien precisa en referencia a situaciones como la aquí contemplada, mediante circulares que se recogen en la sentencia impugnada. Una de éstas, la núm. 1/1994, de 28 de febrero, refiriéndose al uso de aquéllas durante el servicio, dice que «tan sólo pueden utilizarse para evitar un mal de igual o mayor gravedad que aquel que se puede producir». Y señala como injustificable, en ausencia de esa premisa, precisamente, la conducta que aquí es objeto de análisis. La segunda circular, de núm. 3/1998, de 13 de mayo, dice que «cuando se pretenda dar alcance en vías públicas a presuntos delincuentes, no se realizará persecución alguna que ponga en peligro la seguridad de los demás usuarios». Y lo que se prescribe para tales emergencias es la comunicación a la central para que se active el dispositivo correspondiente y el seguimiento del vehículo perseguido a una velocidad acorde con las normas de circulación.

El Tribunal Supremo concluye en esta sentencia que «el disparo se produjo sin que hubiera riesgo para la vida de nadie que pudiera haberse evitado por ese medio, y contraviniendo las reglas a las que antes se ha hecho mención y que, según se dijo, estaban orientadas, de forma específica, a conjurar un peligro como el que se materializó en el fallecimiento de la ocupante del vehículo»; y recuerda que «la jurisprudencia de esta sala ha condicionado la operatividad de la circunstancia que se invoca a que el funcionario habilitado para servirse de las armas hubiera hecho uso de éstas en una situación que lo hiciera realmente necesario para evitar un mal grave que no pudiera excluirse por otros medios».

La STS 922/1998, de 8 de julio, negó la existencia del cumplimiento de un deber respecto del vigilante de discoteca que usa de la fuerza para desalojar a unos clientes:

Tanto en el cumplimiento de un deber como en el ejercicio de un oficio o cargo, como podría admitirse en el caso presente, es necesario tener en cuenta que no se concede una absoluta facultad de realizar la actividad de la que se es responsable, fuera de los cauces normales que establece la naturaleza del cargo y las circunstancias concurrentes en cada caso. Sólo se puede admitir una actuación con proporcionalidad y congruencia sin desbordar los límites establecidos, que no son otros que los que determina el uso adecuado de la facultad que proporciona el cargo. Esta situación no se da en el caso presente en el que se ha utilizado abusivamente las funciones necesarias para desalojar a los clientes que se negaban a cumplir con la hora de cierre. En todo caso el cargo u oficio de vigilante de un establecimiento abierto al público no autoriza para ejercer la fuerza como si se tratase de un agente de la autoridad que está investido de unas facultades legales que no se pueden extender de manera indiscriminada a cualquier guardián o vigilante privado que ni siquiera desempeña sus funciones en el seno de una compañía autorizada de seguridad privada.

La STS de 9 de diciembre de 1986 resume la doctrina jurisprudencial sobre la

eximente de cumplimiento del deber en los casos de utilización de armas de fuego por agentes de policía:

La causa de exención de la responsabilidad criminal [cumplimiento de un deber: art. 25.4 del CP hondureño], en su modalidad legitimadora del uso de fuerza o de violencia por parte de la autoridad o de sus agentes, encontró, en este Tribunal, y en fase ya superada, su justificación única en la agresión ilegítima precedente y procedente de aquella persona sobre la que, después, recae la fuerza o la violencia, habiendo declarado, las sentencias de dicho Tribunal de 14 de julio de 1919, 28 de marzo de 1930, 28 de diciembre de 1935, y 6 de febrero de 1945, que, tanto la eximente completa como la incompleta, requieren inexcusablemente la agresión ilegítima. Sin embargo y puesto que, como destaca la doctrina científica, esta posición y la exigencia a ultranza de la ilegítima agresión, oscurecerían la diferenciación de esta eximente con la de legítima defensa, pronto abundaron las sentencias inspiradas en criterio distinto y se abandonó definitivamente esta postura, como puede comprobarse en las sentencias de 25 de junio de 1889, 23 de marzo de 1942, 22 de enero de 1943, 9 y 27 de marzo de 1951, 6 de abril de 1956, 10 de octubre de 1958, 23 de junio de 1959, 16 de marzo de 1961, 20 de octubre de 1980, 2 de octubre de 1981, y 30 de marzo, 22 de abril y 16 de mayo de 1983, las cuales, siquiera, en la mayoría de las ocasiones, en forma incompleta, aceptan la eximente estudiada basándose en que, el ordenamiento jurídico, atribuye, a la autoridad y a sus agentes, el cumplimiento de ciertas funciones –prevención del delito, detención, entrada y registro domiciliario, mantenimiento del orden público–, cuyo ejercicio puede hacer necesario y, por lo tanto, legítimo, el uso de la fuerza [...]; siendo indispensable, para la estimación de la eximente analizada: 1) que ha de tratarse necesariamente de autoridad o de sus agentes, habiendo declarado, al respecto, este Tribunal, en sentencia de 29 de diciembre de 1953, que, los funcionarios del Cuerpo General de Policía, están de servicio permanente y han de intervenir siempre que las circunstancias lo demanden; 2) que, dicha autoridad o sus agentes, se hallen en el ejercicio de una función pública a ellos encomendada, es decir, cumpliendo unos deberes que su cargo les impone; 3) que su comportamiento violento y el uso de la fuerza sean necesarios, esto es, que obedezcan a racional precisión indispensable para alcanzar la meta o el obligado cometido de la respectiva función pública, agregándose que, será necesaria, aquella acción que sea racionalmente imprescindible, con la consiguiente limitación implícita de la menor lesividad posible para conseguir el cumplimiento de la misión que les corresponde desempeñar, distinguiendo, la doctrina, entre la necesidad de la violencia en abstracto y la necesidad en concreto, la cual equivale a la idoneidad del medio específicamente interpuesto o utilizado, añadiéndose que, si no hay necesidad abstracta del empleo de fuerza, no operará la eximente, ni como completa ni como incompleta, y que, si falta la necesidad concreta, podrá aplicarse al amparo del n.º 1 del artículo [26 del Código Penal hondureño]; 4) que, en los casos del transgresor que huye, si la autoridad o sus agentes, tras previas intimaciones, hacen uso de armas de fuego, disparando contra aquél, sobre zonas no vitales, cabrá hablar de legitimación, especialmente si concurre ausencia de otros medios y si, el delito cometido por el que huye, era de gravedad y capital importancia, pero si, la transgresión no era especialmente trascendente, no cabrá calificar, el comportamiento de la autoridad o el de sus agentes, como ajustado a derecho –véanse sentencias de 2 de abril y 14 de junio de 1960, 9 de marzo de 1963, y 9 de mayo de 1969–, si bien, no habiendo la debida proporción entre el mal producido o augurado y el medio empleado para prevenirlo o repelerlo, cabe la aplicación de la eximente incompleta; y 5) que abundando en lo dicho, cuando el exceso se produce por ausencia total de necesidad, constituye extralimitación manifiesta que impide la aplicación de la exención, tanto en forma completa como incompleta, pero si, el exceso, acontece por inadecuación de los medios utilizados, cabrá la aplicación de la eximente incompleta.

D) Autoría y participación

a) *Autoría*. Sólo es autor imprudente aquél cuya conducta determine

objetivamente (y positivamente) la producción del resultado. La autoría mediata imprudente ha concurrido en ciertos supuestos de imprudencia médica. Así, el médico que da una orden incorrecta –poner una inyección a un enfermo alérgico, sin advertirlo– al personal auxiliar (enfermera), quien ejecuta la orden y determina la muerte del paciente (STS 15 de enero de 1986).

b) Coautoría y participación. En el delito imprudente concurre la coautoría cuando se realiza el tipo del injusto por varios sujetos, cada uno de los cuales lleva a cabo actos ejecutivos típicos, sin que exista entre ellos acuerdo para lesionar el bien jurídico pero sí para infringir, mediante sus conductas peligrosas, la norma objetiva de cuidado.

Se diferencia este supuesto de la autoría accesoria o concurrencia de culpas, que se da cuando dos o más sujetos contribuyen negligentemente a la realización de un hecho delictivo sin que haya acuerdo alguno entre ellos acerca de la ejecución de la acción que desencadena el resultado lesivo.

En cuanto a la participación imprudente en un delito culposo existe un sector de nuestra doctrina que la admite y distingue entre autoría y participación en el ilícito imprudente. Sin embargo, otro sector, que sigue en la autoría la teoría del dominio del hecho, acoge un concepto extensivo de autor en la imprudencia y niega la posibilidad de distinguir en el delito imprudente entre autoría y participación. La jurisprudencia, aunque en algunas resoluciones ha admitido la participación en el delito imprudente, suele calificar a todos los intervinientes como autores, sin diferenciar entre autoría y participación.

Un supuesto muy discutido de imprudencia temeraria profesional fue el conocido como «caso Vinader» (STS de 29 de enero de 1983). Se trataba de un periodista que publicó, en un semanario de amplia difusión, informes sobre grupos antiterroristas en el sentido de que podrían haber cometido delitos violentos contra miembros de ETA, concretando la información sobre dos personas y dando publicidad a sus fotos y señas personales. Días más tarde estas dos personas fueron asesinadas por un comando de la banda terrorista ETA. El periodista fue condenado como autor de un delito de imprudencia temeraria profesional, con resultado de dos asesinatos y graves daños a un grupo de personas y familias, a la pena de siete años de prisión mayor, penas accesorias y responsabilidad civil.

Aparte de las críticas que recibió la sentencia en cuanto a la falta de acreditación de la relación causal entre los reportajes informativos y los dos asesinatos, cuestión que atañe a la temática probatoria del proceso, también fue censurada desde la vertiente dogmático-penal de la autoría y la participación. En efecto, Luzón Peña argumentó que la conducta de Vinader con sus reportajes no

determinó objetivamente –sin más y necesariamente– el curso productor de las muertes, sino que simplemente favoreció o incitó las conductas determinantes de tal curso causal, es decir, que no mató imprudentemente y por tanto no era autoría de homicidios imprudentes (en concurso ideal), sino que, aun con influencia causal, sería sólo participación culposa impune: una provocación o incitación imprudente de los auténticos autores, los asesinos, que fueron quienes exclusivamente determinaron y, más aún, dolosamente dominaron la producción de ambos resultados de muerte. Jorge Barreiro coincide con Luzón Peña en que estamos ante un claro supuesto de participación imprudente en un delito doloso, pero no comparte, en cambio, su conclusión de no admitir la participación imprudente: estima que sí cabría dogmáticamente una participación accesoria culposa por inducción o por cooperación necesaria.

c) La imprudencia punible en las actividades profesionales desarrolladas en equipo. La especialización del trabajo como consecuencia de la elevada tecnificación alcanzada en algunas actividades profesionales ha impuesto la necesidad del trabajo en equipo. Esto puede apreciarse en actividades tan extendidas como la medicina (equipos médico-quirúrgicos), la construcción (constructores, encargados de obra y operarios), bufetes de arquitectura (arquitectos, aparejadores y delineantes), la industria e incluso en el mundo del derecho. No es, pues, nada extraño en la actualidad que servicios y trabajos de diferentes sectores, algunos de elevado riesgo, se desempeñen conjuntamente por distintos profesionales que aúnan su labor en pos de un trabajo o una obra conjunta.

Este contacto social genera una problemática especial en el ámbito del derecho penal, donde la responsabilidad es personal e individual, lo que exige concretar y singularizar el ilícito penal y la culpabilidad que ha de atribuirse a cada sujeto integrante de un equipo de trabajo. Para responder a tales cuestiones la dogmática penal moderna ha ido desarrollando unos principios o criterios que ayudan a dirimir los problemas que en la práctica se van planteando. Son de destacar dos de ellos: el *principio de división de trabajo* y el *principio de confianza*

El *principio de la división de trabajo* ayuda a esclarecer y dilucidar qué funciones desempeña cada uno de los intervinientes; cómo es su contribución en el desarrollo y cumplimiento del trabajo en común; y de qué forma se pueden tratar jurídicamente las relaciones personales organizadas en régimen de trabajo en equipo. Dentro de este principio pueden distinguirse dos categorías: división de trabajo horizontal, que es la que se da entre profesionales que, por su estado de formación, competencia e independencia, se encuentran en situación de igualdad (cirujano-anestesiista); y división de trabajo vertical, que se refiere al personal en que concurre una relación de supra y subordinación profesional (médico y ATS).

El *principio de confianza* supone que el profesional que actúa conforme a las reglas que rigen su actividad, confía en que los demás intervinientes se comportarán también correctamente, salvo que circunstancias especiales del caso, reconocibles, hagan pensar en lo contrario.

Los problemas de autoría y participación que pueden concurrir en estos casos inciden en la imprudencia profesional. Es factible que, cuando concurren profesionales con profanos en una acción imprudente, surjan dudas sobre la posible ruptura de la unidad del título de imputación, dudas que han de ser resueltas respetando esa unidad de título. De tal forma que el mero partícipe responderá del mismo tipo básico o agravado en que haya incurrido el autor. El Código Penal hondureño no contempla la profesionalidad, si bien consideramos importante reseñar la doctrina y jurisprudencia expuestas puesto que, a la hora de valorar la negligencia o imprudencia de una determinada conducta, la citada profesionalidad del presunto autor del hecho será relevante para dicha valoración.

3. IMPRUDENCIA MÉDICA

Dentro de los supuestos de imprudencia, la imprudencia médica ocupa una singular relevancia en la actividad de los Tribunales suscitándose continuamente por parte de los pacientes y sus familiares reclamaciones en el ámbito penal y en el ámbito civil por imprudencias médicas.

Hay que recordar que desde antiguo el derecho ha regulado la actividad médico-sanitaria y los propios deberes del médico aparecen en el texto del juramento hipocrático:

Juro por Apolo médico y por Asclepio y por Higia y por Panacea y todos los dioses y diosas, poniéndoles por testigos, que cumpliré, según mi capacidad y mi criterio, este juramento y declaración escrita:

Trataré al que me haya enseñado este arte como a mis progenitores y compartiré mi vida con él, y le haré partícipe, si me lo pide, de todo cuanto le fuere necesario, y consideraré a sus descendientes como a hermanos varones, y les enseñaré este arte, si desean aprenderlo, sin remuneración ni contrato.

Y haré partícipes de los preceptos y de las lecciones orales y de todo otro medio de aprendizaje no sólo a mis hijos, sino también a los de quien me haya enseñado y a los discípulos inscritos y ligados por juramento, según la norma médica, pero a nadie más.

Y me serviré, según mi capacidad y mi criterio, del régimen que tienda al beneficio de los enfermos, pero me abstendré de cuanto lleve consigo perjuicio o afán de dañar.

Y no daré ninguna droga letal a nadie, aunque me la pida, ni sugeriré un tal uso, y del mismo modo, tampoco a ninguna mujer daré pesario abortivo, sino que, a lo largo de mi vida, ejerceré mi arte pura y santamente.

Y no castraré ni siquiera (por tallar) a los calculosos, antes bien dejaré esta actividad a los artesanos de ella.

Y cada vez que entre en una casa, no lo haré sino para bien de los enfermos, absteniéndome

de mala acción o corrupción voluntaria, pero especialmente de trato erótico con cuerpos femeninos o masculinos, libres o serviles.

Y si en mi práctica médica, o aun fuera de ella, viere u oyere, con respecto a la vida de otros hombres, algo que jamás deba ser revelado al exterior, me callaré, considerando como secreto todo lo de este tipo.

Así pues, si observo este juramento sin quebrantarlo, séame dado gozar de mi vida y de mi arte y ser honrado para siempre entre los hombres; mas si lo quebranto y cometo perjurio, sucédame lo contrario.

El ejercicio profesional de la medicina tiene en nuestros días una trascendencia social innegable, por los inestimables servicios que puede llegar a prestar, al serle encomendada la custodia de nuestra salud y de nuestras vidas. El médico tiene la excepcional tarea de dar la bienvenida y la despedida a nuestras vidas. Los vertiginosos adelantos conseguidos por esta ciencia en las últimas décadas suscitan admiración en el hombre de la calle. La medicina ha ampliado considerablemente su radio de acción, teniendo a su alcance la utilización de medios y procedimientos cada vez más eficaces y perfeccionados. De ahí la necesidad de que los médicos posean mayores conocimientos y técnicas, y una especialización cada vez más marcada en su ámbito de acción. Ello ha conducido, a su vez, a que el tratamiento del paciente y el diagnóstico previo de su enfermedad deban ser encomendados a una pluralidad de profesionales especializados en cada una de las respectivas facetas. La medicina se ha convertido, de esta manera, en una actividad compleja e interdependiente.

La encrucijada en que con frecuencia se encuentra el profesional sanitario en general y el médico en particular le aboca a tener como punto de referencia las normas éticas contenidas en la religión, y en compendios de normas deontológicas, y en disposiciones jurídicas que comportan en ocasiones responsabilidades en los ámbitos penal, civil, laboral o contencioso-administrativo⁽¹⁴¹⁾.

A) Modalidades de la responsabilidad penal médico-sanitaria en el Código penal hondureño

Haremos un alto en el camino del estudio de las negligencias médicas, para exponer el tratamiento que el Código Penal hondureño da a la profesión médica y los

⁽¹⁴¹⁾ La responsabilidad del médico viene de antiguo. Ya el Código de Hammurabi contenía un precepto que trataba de la responsabilidad del médico, y la Lex Aquilia incluía disposiciones contra los médicos que causaran daño. La Ley IX, Título XV de la Partida VII (Las Partidas del Alfonso X El Sabio), trataba de las responsabilidades del médico y del veterinario. No obstante, en épocas modernas, la irresponsabilidad profesional médica ha sido defendida por el Dr. Marañón, quien decía: «Pedir cuentas al médico de su fracaso con un criterio científico como se le pide a un ingeniero que ha calculado mal la resistencia de un puente, es disparate fundamental y es principio totalmente inaceptable».

tipos penales en los que aparece expresamente la condición de médico del sujeto activo.

1. *Aborto.* El artículo 127 del Código Penal castiga al médico que, abusando de su profesión, causa o coopera en el aborto. Las mismas sanciones se aplicarán a los practicantes de medicina, paramédicos, enfermeros, parteros o comadronas que cometan o participen en la comisión del aborto.

2. *Falsedad documental.* El artículo 288 castiga al médico que extienda certificación o constancia que contenga información falsa. La llamada fe pública, entendida como la confianza en que determinados documentos, signos o símbolos garantizados por el Estado se corresponden con la realidad, incumbe también al médico respecto a una tarea fundamental y privilegiada que le ha sido encomendada, como es la de emitir certificados apoyados en su calidad de experto o perito cualificado.

3. *Delitos contra la salud pública.* El artículo 186 establece una agravante específica para, entre otros, los médicos, farmacéuticos y odontólogos que infrinjan las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria con el fin de impedir la introducción o propagación de una epidemia.

También el artículo 188 castiga al médico que habiendo intervenido en el diagnóstico o tratamiento de una enfermedad transmisible, omitiere la notificación que previene el Código Sanitario.

4. *Falso testimonio.* El deber de veracidad exigible al testigo, incumbe igualmente al perito que interviene en un proceso, sea civil o penal, de tal modo que incurre en la pena prevista para el falso testimonio (art. 385 del Código Penal), el perito (también el médico) que ante la autoridad competente falsee total o parcialmente la verdad o silencie ésta.

5. *Falta contra los intereses generales.* El artículo 412 castiga al médico, (estudiante de medicina o una serie de personas que poseen ciertos conocimientos médicos) que, habiendo brindado asistencia en casos que presenten caracteres de delito público contra las personas, no dieran parte inmediatamente a la autoridad.

6. *Homicidio y lesiones culposas.* Los artículos 121 y 138 del Código Penal castigan, respectivamente, el homicidio y las lesiones culposas, que, en la actividad médico-quirúrgica, constituyen sin ninguna duda el título de incriminación frente a médicos y demás participantes en las labores sanitarias, que ha dado lugar a más reclamaciones judiciales.

B) Elementos integradores de la imprudencia punible

La STS 4 de septiembre de 1991 (RJ 1991\6021) rescata y resume la doctrina jurisprudencial sobre la negligencia médica. Dice así:

Como ya destacó la sentencia de esta Sala de 5 de julio de 1989, existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial extenso y pormenorizado respecto de la denominada imprudencia médica. Efectivamente, tal *corpus* doctrinal viene a concretarse, no tan sólo en un conjunto de principios generales sobre la materia, con independencia de los diferentes casos enjuiciados y que puede concretarse así:

1.º Que no se incrimina el error científico –sentencias de 10 de marzo de 1959 y 17 de julio de 1982– o como explicitan las de 8 de octubre de 1963, 30 de abril de 1979, 26 de octubre de 1981, 7 de octubre de 1986 y 5 de mayo de 1989 los errores de diagnóstico no son tipificables como infracción penal salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable –sentencias de 10 de abril de 1970, 26 de octubre de 1983, 24 de noviembre de 1984, 7 de octubre y 22 de diciembre de 1986, 29 de marzo de 1988 y 5 de julio de 1989–.

2.º Que por la misma razón queda también fuera del ámbito penal la falta de extraordinaria pericia o cualificada especialización –sentencias de 10 de marzo de 1959, 8 de octubre de 1963, 5 de febrero de 1981 y 8 de junio de 1981– pero sí debe sancionarse la equivocación inexcusable o la incuria sobresaliente –sentencia de octubre de 1986– o sea, cuando la falta de pericia sea de naturaleza extraordinaria o excepcional –sentencia de 5 de julio de 1989–.

3.º La culpabilidad radica en que el facultativo pudo evitar el comportamiento causante del resultado lesivo –sentencias de 16 de abril de 1970, 26 de junio y 25 de noviembre de 1980, 5 de febrero y 8 de junio de 1981–.

4.º Que en esta materia no se pueden señalar principios inmutables –sentencia de 25 de enero de 1988– al no poder realizarse una formulación de generalizaciones y precisarse una individualizada reflexión sobre el concreto supuesto enjuiciado –sentencias de 15 de noviembre de 1980 y 8 de junio de 1981–.

5.º Que la doctrina de la búsqueda de la responsabilidad imprudente del sanitario ha de realizarse huyendo de generalizaciones inmutables –sentencias de 26 de junio y 25 de noviembre de 1980, 5 de febrero y 8 de junio de 1981– no debiendo incidirse en tesis maximalistas –sentencias de 15 de enero de 1986 y 5 de julio de 1989–.

6.º Que el deber de cuidado ha de establecerse primero y medido después en función de todas las concurrentes circunstancias, entre ellas la clase de actividad sobre la que se realiza el juicio de reprochabilidad, el riesgo o riesgos que comporta para las personas o las cosas, especialidad técnica o científica que para su ejercicio se necesita –sentencia de 5 mayo de 1989–.

a) Inobservancia de los deberes de cuidado

El Tribunal Supremo se ha ocupado de esta cuestión, con carácter general, en las SSTS de 3 de junio de 1981 y 2 de noviembre de 1981; y con carácter más especial, con referencia a la responsabilidad médica, en las de 5 de febrero de 1981 y 8 de junio de 1981, que hablan de «la normativa general de carácter socio-cultural, que regula la normal convivencia del grupo social, o con disposiciones específicas de la actividad a que pertenece la conducta que se enjuicia y de las que se derivan los deberes cuyos incumplimientos originan la omisión o falta de diligencia susceptible de ser graduada y ocasionar con ello las diferentes clases de imprudencia».

Ahora bien, ¿cuál será la naturaleza del deber de cuidado? Si se trata de un deber «subjetivo», se tendrá en cuenta la capacidad individual del autor y se calibrará la capacidad de prever la posibilidad de lesión del bien jurídico. Así el médico excepcionalmente formado y hábil tendrá un techo más elevado de responsabilidad, la cual podrá incluso desaparecer en el médico que posea una capacidad o conocimientos inferiores. Si se entiende que el deber de cuidado es «objetivo», existirá un nivel general exigible a todos, independientemente de la capacidad o habilidad personal. Las consecuencias serán diametralmente opuestas a las antes examinadas: el médico muy cualificado que no ponga en su actuación toda su habilidad y experiencia, sino la misma que la de sus otros colegas en idéntica situación, no incurrirá en delito culposo; por el contrario, el médico claramente no preparado que actuó, sí que habrá infringido el deber de cuidado e incurrirá en responsabilidad por imprudencia.

Aunque los dos criterios presentan inconvenientes, parece revestir más ventajas el criterio del cuidado objetivamente debido, pues permite obtener un nivel mínimo de capacidad necesaria, por debajo del cual debe producirse la abstención de actuar. Ello no significa que la capacidad y actuación individual, medios adecuados, circunstancias de tiempo y lugar no se tenga en cuenta, pero sí supone que previamente procederá el análisis del comportamiento objetivo, procediéndose después a la valoración del comportamiento individual en las circunstancias que concurrían para determinar la culpabilidad (tema ya tratado anteriormente en la imprudencia profesional y a cuyo texto nos remitimos). Con todo, la jurisprudencia parece proclive, en los casos de negligencias médicas, a determinar el deber de cuidado exigible «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 aquella que suele observar un ciudadano medio con esas mismas cualidades y en esas mismas circunstancias» (STS de 13 de noviembre de 1992; véase también la jurisprudencia al respecto citada al tratar la imprudencia profesional).

Para la determinación del cuidado objetivamente debido es importante lo que se conoce como *lex artis* o conjunto de reglas técnicas a las que suele sujetarse el ejercicio de una actividad profesional. Debe tenerse en cuenta que, si bien la actuación conforme a la *lex artis* supone la observancia del cuidado objetivamente debido, no puede decirse estrictamente lo contrario, es decir, que la no actuación conforme a ella suponga la inobservancia del deber de cuidado. Pueden surgir supuestos inesperados, desconocidos o nuevos en los que las reglas clásicas no sirvan o sean inapropiadas o insuficientes. Y habrá que respetar la libertad de método o de procedimiento esencial para el progreso de la ciencia.

En lo que respecta a la esfera de la sanidad no existe una reglamentación general que imponga normas de cuidado para el ejercicio de la medicina, en el que se recogen las funciones a desarrollar por las enfermeras y ayudantes técnicos sanitarios. No obstante, debe destacarse la moderna tendencia buscada por los profesionales de la medicina de positivación progresiva de la *lex artis*, redactando o compilando las reglas de ese saber científico por especialidades con el fin de obtener de modo inmediato una reglamentación normalizada (protocolos de actuación).

Una cuestión problemática es la de si cabe apreciar infracción de deberes de cuidado en la emisión del diagnóstico por parte del médico. El diagnóstico implica un aspecto muy delicado y difícil, puesto que se ha apoyado, tradicionalmente, además de en criterios científicos, en juicios intuitivos -«ojo clínico»-, lo que comporta riesgos de error que pueden mantenerse en ciertos casos dentro de los límites de lo tolerable. Lo cual no supone la irresponsabilidad, ya que, como se ha apuntado en la doctrina, cabrá entender que existe responsabilidad penal en casos como los siguientes:

- Si el médico adopta medidas terapéuticas sin haber determinado previamente el diagnóstico.
- Si se establece el diagnóstico sin haber visto ni examinado al paciente.
- Si para la emisión del diagnóstico, no se ha servido, siendo posible, de todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica profesional.
- Si no toma en consideración al formular el diagnóstico las eventualidades más remotas pero posibles y tenidas en cuenta tanto en el plano científico como experimental.
- Si, habiéndose practicado las exploraciones y análisis precisos, sus resultados no son tenidos en cuenta o no son suficientemente valorados en el momento de la emisión del diagnóstico.

La jurisprudencia en diversas ocasiones ha resuelto la no incriminación, al menos, vía delito del diagnóstico equivocado (STS 8 de octubre de 1963, 16 de abril de 1979, 5 de febrero de 1981, 8 de junio de 1981, 26 de octubre de 1983). En otras, en cambio, ha estimado la existencia de delito: la STS de 10 de marzo de 1959 estimó responsabilidad de esta índole en el cirujano que en curso de una operación de hernia cercenó el pene del paciente alegando que durante la misma intervención le fue diagnosticado un sarcoma, lo cual no fue confirmado ni por exploraciones previas ni por diagnóstico anatomopatológico posterior por no haberse conservado el miembro cercenado.

La STS de 25 de noviembre de 1980 estimó imprudencia temeraria en el

cirujano que operó a su paciente de subluxación congénita de rodilla, y habiendo empezado éste a quejarse a los cuatro días de sintomatología propia de afección de tétanos, estimó el cirujano que se trataba de sólo una alteración psíquica, ordenando que le suministraran al enfermo tranquilizantes y autorizando su alta, falleciendo posteriormente.

La STS de 17 de julio de 1982 estimó culposa la conducta del médico de guardia, no especialista, que entendió que padecía un simple catarro la niña de dos años que ingresó en el centro con dificultades respiratorias por la aspiración de una alubia, y que posteriormente falleció. La vinculación del médico a los deberes de cuidado le obliga, antes de iniciar un tratamiento o, según los casos, incluso cuando ya se haya iniciado, a valorar su propia capacidad, preparación y medios a su alcance, y partiendo de ello deberá decidir si está en condiciones de hacerse cargo del paciente o de remitirlo a un especialista o a un centro hospitalario donde se disponga de los elementos materiales y humanos necesarios. Pensemos en la situación y medios de un médico de medicina general de una zona rural o no y los medios especializados de una unidad hospitalaria de cuidados intensivos, de grandes quemados o de microcirugía.

En el ejercicio de la medicina actual con su complejidad y medios cada vez más especializados, el trabajo raramente se realiza de forma individual o completamente aislada, siendo cada vez más frecuente la intervención de una cadena de profesionales o de todo un equipo compuesto por especialistas en diversas áreas de esta ciencia, y de los correspondientes equipos de personal auxiliar. A resolver los problemas de responsabilidad jurídica que el trabajo de la medicina en equipo ha suscitado, ha venido a contribuir el principio «de la confianza», según el cual la persona que actúa de forma correcta puede confiar en que los demás participantes en esa actividad se desenvolverán de forma igualmente correcta, siempre que en las circunstancias concretas no se le ponga de manifiesto lo contrario. Tal declaración implica que el cirujano podrá confiar en la corrección de la actuación del anestesista y del instrumentalista. En este sentido se pronunció la STS de 16 de enero de 1961, referida al olvido de una pinza en el interior del paciente, cuando señaló que el cirujano, asistido por ayudante, instrumentista, anestesista, transfusores de sangre y enfermeras, no puede ser responsable del descuido o inadvertencia de indeterminada persona; la posible falta o negligencia en que pudiera incurrir un auxiliar o ayudante en el desempeño de su misión no puede ser atribuible penalmente al cirujano.

Cada miembro del equipo responderá por las prestaciones defectuosas en el ámbito de sus propias funciones. El director del equipo tendrá unos deberes especiales inherentes a su función: coordinación, selección de los miembros y colaboradores, asignación de tareas según capacidades, etc. Lógicamente, el

principio de la confianza dejará de ser aplicable cuando concurra la conducta imprudente de un miembro del equipo y ello haya sido percibido por otro u otros miembro del mismo.

El Tribunal Supremo se ha ocupado repetidamente de esta cuestión. Veamos algunos ejemplos:

STS de 11 de octubre de 1979. Un cirujano fue condenado por negligencia simple. En el curso de una operación que dirigía, falleció el paciente por paro cardíaco al no advertir su estado cianótico, debido a que el anestesista había salido del quirófano para atender a otro paciente en quirófano distinto aunque contiguo. El Tribunal Supremo declaró «que el acusado no estaba exonerado del deber de vigilancia para que no surgiera la inadvertencia expuesta, y que si el principio de la confianza, basado en el normal comportamiento de las demás personas que intervienen en la misma actividad, disminuye la intensidad de la diligencia que se ha de tener en actos extraños al específico que cada interviniente tiene que realizar, igualmente hay que reconocer que la magnitud de la previsibilidad a observar en el campo de la cirugía exige y requiere una mayor diligencia de la conducta, ampliada también a la de terceras personas, cuando éstas no cumplen por abandono o deficiente prestación de la actividad».

STS de 8 de junio de 1981. Un niño cayó al suelo desde la tapia de un campo de fútbol, produciéndose una herida abierta en una pierna con una rama de naranjo. El Tribunal Supremo estimó imprudencia en el médico de guardia que prescribió por teléfono la limpieza de la herida y la colocación de una férula, entendiéndolo que entraba dentro del ámbito de previsión del médico la posibilidad de que un accidentado con la herida que presentaba pudiera tener un cuadro de tétanos, «no pudiéndole exculpar el exceso de confianza en los demás facultativos que anteriormente habían atendido al herido».

STS de 31 de mayo de 1982. Un menor herido al precipitarse desde una altura sufrió grave traumatismo craneal, con conmoción cerebral y diagnóstico de probable fractura craneal. El Tribunal Supremo estimó negligencia en el médico que se abstuvo de ordenar nuevas radiografías más claras, y «confió ciegamente y de modo excesivo en los miembros de ATS que debían observar y vigilar al traumatizado, sin tener en cuenta que la formación científica de dichos auxiliares, con ser estimable, no permite descargar sobre ellos toda la responsabilidad técnica de un caso de suma gravedad como lo era el de autos».

STS de 25 de noviembre de 1980. el Tribunal Supremo apreció impericia o negligencia profesional temeraria al médico cirujano que tras operar de una rodilla al paciente, erró en el diagnóstico, y por tanto en el tratamiento, no diagnosticándole

tétanos, interpretando el cuadro claro de tal afección como una mera alteración psíquica. Y arguyó que «el otorgamiento de un título profesional, de acuerdo con la normativa docente y académica, crea, indudablemente, una presunción de competencia, que encuentra su fase negativa en la impericia en la que ha de incardinarse el reproche culpabilístico del cirujano procesado, dado el cúmulo de desatenciones, errores, omisiones, descuidos y desaciertos en que incurrió».

STS de 24 de noviembre de 1984. El Tribunal Supremo estimó la existencia de negligencia en la actuación del cirujano que llevó a cabo la extracción del riñón sano del paciente, al equivocarse en la consulta de las radiografías, lo que produjo, finalmente, la muerte del último.

STS 23 de marzo de 1988. Confirmó la calificación del Tribunal de instancia de imprudencia temeraria. El ginecólogo encargado del proceso de embarazo de una mujer, no advirtió el cuadro de toxemia, gestosis o preclampsia desarrollado por la misma; y, dejando el parto exclusivamente en manos de la comadrona, no evitó la hipertensión, hipertrofia del ventrículo izquierdo y fallecimiento de la parturienta.

STS de 5 de mayo de 1988. El Tribunal Supremo estimó el recurso de la acusación particular y condenó por negligencia profesional a la comadrona que asistió sola al parto distócico, dejando de llamar al médico que se encontraba en el centro sustituyendo al que tenía tal primitiva obligación, ocasionando que sufriera gravísimas e irreversibles lesiones la recién nacida. Se consideró que la condenada «carecía de la pericia necesaria para asistir sola a tal tipo de parto, y que quebrantó la prohibición reglamentaria establecida».

STS 27 de mayo de 1988. Un niño fue atendido en consulta médica con un cuadro de fiebre alta y fuerte dolor en una pierna. El médico le remitió a su domicilio prescribiendo medicación; y llamado telefónicamente por la madre, ante los vómitos que presentaba, no fue a visitarle, prescribiéndole nueva medicación, y vuelto a llamar por los parientes se desplazó al domicilio del enfermo, llevando a cabo una mirada rápida y superficial de la garganta, sin tomar la temperatura ni percatarse del estado grave del enfermo, prescribiendo otra medicación y ausentándose. Volvió a visitarle ante nuevos requerimientos, diagnosticando entonces epilepsia, cuando las convulsiones que presentaba eran la última manifestación del sufrimiento cerebral padecido, entrando después en estado de coma y falleciendo el niño en el centro asistencial donde finalmente fue conducido. El Tribunal Supremo confirmó la condena por negligencia temeraria profesional entendiendo que se daba el subtipo agravado, dado el comportamiento «insistente y continuado de abandono y descuido y de incumplimiento reiterado de elementales deberes del médico».

STS de 5 de julio de 1989. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de

instancia que condenó por delito de imprudencia temeraria profesional al médico de cabecera que, ante un abdomen agudo, lejos de acudir a reconocer al enfermo directamente, citó en su consulta a la madre del último y se limitó a extender volante de baja por cólico nefrítico, efectuar prescripción medicamentosa calmante y a extender volante para un próximo análisis de orina. El afectado, de 23 años, falleció horas después, a consecuencia de peritonitis por perforación de úlcera duodenal. Se consideró que existió culpa profesional por no preocuparse de examinar con la atención debida al enfermo y comprobar su situación, sólo constatable con eficacia a través de la apreciación directa y personal del facultativo, «porque es precisamente la llamada *lex artis*, la ciencia médica, la que se olvidó en este supuesto, teniendo en cuenta que un profesional medio hubiera podido y debido captar en virtud de sus conocimientos el peligro y riesgo que suponía hacer un diagnóstico en los términos en que se realizó y prever sus fatales consecuencias».

STS de 1 de diciembre de 1989. El Tribunal Supremo estimó el recurso y condenó por imprudencia temeraria profesional, con resultado de muerte, al médico jefe de anestesiología de un hospital que intubó al paciente que iba a ser intervenido, debidamente monitorizado pero con una señal de alarma inaudible. El anestesista abandonó dos veces el quirófano, por sendos períodos de diez minutos, y, cuando regresó definitivamente, descubrió que estaba desconectado el tubo nasotraqueal que suministraba oxígeno al operado, por lo que éste quedó descerebrado y en estado crónico vegetativo hasta su posterior fallecimiento. Se entendió que el resultado de muerte se produjo a consecuencia de un acto profesional en sí mismo imperito e imprudente, dentro de la estructura de la actividad desplegada, incompatible con la profesión, con grave vulneración de la *lex artis*.

STS de 14 de septiembre de 1990. Imprudencia temeraria profesional, con resultado de muerte, por parte del médico que practicó durante más de dos horas, previa anestesia general superficial, una prueba neuro-radiográfica (arteriografía) a la paciente, que entró en el centro por su propio pie y que salió de la clínica, sin haber llegado a recuperar la conciencia, en estado de coma, falleciendo nueve días después, como consecuencia de la obstrucción de arteria cerebral interna izquierda. El Tribunal tuvo en cuenta «que a pesar de ser la paciente diabética y arterioesclerótica y ser una seria candidata a que al practicarse la exploración se desprendiese un trombo que le ocluyese la arteria, el médico practicó la arteriografía sin llevar a cabo las pruebas analíticas procedentes, y lo hizo en clínica que carecía de camas para el internamiento de la paciente y de unidad de cuidados intensivos y auxiliado, además del radiólogo, como anestesista de quien solamente tenía el título de practicante y ATS».

STS de 6 de febrero de 1991. La sentencia de instancia estimó imprudencia temeraria profesional en el médico que demoró unos diez días la intervención

quirúrgica en un enfermo de diabetes e isquemia distal –que por presentar síntomas de gangrena a consecuencia de un traumatismo sufrido en un dedo del pie, ya había sido intervenido del mismo–, lo que determinó la amputación no sólo del pie sino de la pierna a la altura del tercio medio del muslo, y, progresando la infección, su fallecimiento. El Tribunal Supremo estimó el recurso y dictó sentencia absolutoria al entender que «la actitud de espera ante la progresiva lesión necrótica, con tratamiento medicamentoso, es estadísticamente la preferible según los dictámenes periciales, siendo adecuado el tratamiento, y que no es justo de otro lado reprochar la actuación de un facultativo que intervino cuando ya todo un cuadro clínico se había desatado y sobre todo cuando ya la primera amputación se había practicado».

STS de 20 de febrero de 1991. La sentencia de la Audiencia condenó –y el Tribunal Supremo confirmó la sentencia– por delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones, cometido por negligencia profesional, al acusado que se desentendió de la enferma después de extirparle la vesícula biliar (colecistectomía) y le dio de alta cuando se encontraba en tan grave estado que debería haber hecho pensar a aquél que se trataba, por signos inequívocos, de una ictericia obstructiva. Las restantes operaciones que la paciente hubo de soportar a cargo de otros doctores fueron consecuencia de los gravísimos efectos derivados de la primera, pues, en lugar de seccionar por ligadura el conducto cístico, se había hecho ligadura en la salida teórica del conducto hepático con amputación del mismo, lo que, a su vez, impedía la salida de la bilis. Hubo, pues, impericia generadora, en relación de causa a efecto, de las graves consecuencias sufridas por la tan deficientemente operada.

STS de 4 de septiembre de 1991. En el curso de una operación de extirpación de un quiste sinovial en cara externa de la rodilla izquierda, con anestesia total, se ausentó el anestesista del quirófano para atender a otra operación, con consentimiento tácito del cirujano, lo que determinó que el enfermo sufriera una falta de aireación que le produjo hipoxia; tal estado fue advertido solamente por el cirujano ante el oscurecimiento de la sangre que fluía de la herida, produciéndose parada cardíaca y siendo inútiles los intentos para reanimarle. Fue condenado el cirujano director del equipo por negligencia profesional en cuanto que, «aunque no incurrió en error o ignorancia inexcusable o en actuación quirúrgica impropia, pero, movido por un sentimiento de colaboración con sus compañeros médicos anestesistas del hospital o para no plantear problemas en su actuación en dicho centro, toleró, consintió y permitió una situación tan peligrosa como la determinada por la falta de conexión del monitor y el abandono del quirófano por el especialista de la anestesia».

b) Producción de resultado perjudicial

Para exigir responsabilidad penal a título de culpa en general y médico-sanitaria en particular, no basta con una conducta imprudente, negligente o imperita; no basta con la falta de observancia del cuidado objetivamente debido. Es preciso que se haya producido un resultado perjudicial –en nuestro caso– para el paciente.

De conformidad con los artículos 121 y 138 del CP, el resultado deberá ser muerte o lesiones; resultado que, de concurrir dolo en el sujeto activo, serían constitutivos de delito. No cabe duda de la tipificación del delito culposo de homicidio y de lesiones; sin embargo, el Código Penal hondureño no castiga las faltas de lesiones culposas: son impunes. Una lesión que, de producirse dolosamente sólo podría ser calificada como falta, no sería un resultado apto a los efectos que estamos examinando.

A la inversa, la existencia de un resultado dañoso o perjudicial para el paciente, no implica necesariamente la existencia de culpa punible en el profesional actuante, pues puede existir un error o fallo técnico, es decir, un defecto en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fase de actuación del médico. El Tribunal Supremo ha reconocido que «si las deficiencias del material o instrumental médico existente no son imputables o no consta que lo fueran a los facultativos, no existe tampoco la imprudencia de que eran acusados» (por todas, STS de 12 de marzo de 1990).

c) Relación de causalidad

Entre la acción imprudente y el resultado lesivo o perjudicial, debe darse la relación de causalidad o nexo causal. La jurisprudencia, ante las dificultades de la determinación de su existencia y prueba ha elaborado un profuso cuerpo doctrinal. Veamos algunos de sus pronunciamientos:

a) Sobre posible ruptura del nexo causal por la intervención de otro facultativo. STS de 5 de febrero de 1981. «La intervención de un médico en el tratamiento de la enfermedad que venía siendo asistida por el procesado, también médico, ante la ausencia de éste, y la prescripción por aquél de medicación similar a la recetada por el procesado, hace imposible afirmar que haya roto la relación causal entre la actuación del procesado y el resultado producido de lesiones».

b) Sobre ausencia de probanza de la relación entre acción y resultado. STS de 4 de octubre de 1990. «Se dice por la recurrente que el antes mencionado error de diagnóstico (un fibromioma que no existía) fue la conducta profesional negligente

causante de tales complicaciones. Pero tal argumento ha de rechazarse porque, por un lado, como ya se ha dicho, ese error careció de relevancia penal, ya que, en todo caso, la histerectomía practicada fue un tratamiento adecuado para cortar las hemorragias de la paciente pese a la existencia de mioma, y por otro lado el nexo causal entre la operación que practicó el acusado y las mencionadas complicaciones posteriores no aparece probado, pues éstas pudieron originarse por algún foco infeccioso o por otra causa distinta».

STS de 12 de marzo de 1990. «A la vista del conjunto de circunstancias concurrentes no es posible imputar al cirujano (hoy recurrente) ninguna negligencia o imprudencia penalmente punible. Al no haberse podido determinar de manera indubitada la causa fundamental determinante del fallecimiento del paciente intervenido, tampoco cabe apreciar ninguna actuación errónea del recurrente en el curso del postoperatorio».

STS de 18 de diciembre de 1990. «En el caso de autos la enferma se hallaba, cuando el procesado salió de guardia, en la misma situación que cuando éste la reconoció y prescribió el tratamiento adecuado, hasta el punto de que fue plenamente ratificado por los doctores que visitaron a la enferma a los pocos momentos de entrar en guardia y de salir de ella el procesado, siendo horas después cuando se presentó una incidencia en el curso de la enfermedad que, como es obvio, aun para los legos en medicina, nada hubiese podido hacer el procesado para prevenirlo, preverlo o evitarlo, por lo que el resultado no tuvo la menor relación de causalidad con su comportamiento».

STS de 14 de febrero de 1991. «Aparece de la resultancia probatoria una conducta sanitaria acorde con lo que es normal práctica del buen hacer. Efectivamente, la inyección fue puesta en el cuadrante superior izquierdo de la zona glútea de la pierna derecha "algo más alto de donde normalmente se pone", muy alejado del nervio ciático. El día de autos el procesado –ATS– terminó de poner la inyección, que originó en el paciente más dolor del normal, en el momento de clavarle la aguja y fuerte dolor al entrar el líquido, todo lo que, cuando ya el técnico sanitario se había ausentado, desencadenó una serie de efectos en la pierna (dolor, calambres, etc.) a resultas de lo cual, y con asistencia del especialista en la materia, tardó en curar, con secuelas, 218 días. En ningún momento de esa relación fáctica se deja entrever cualquier ausencia de cuidado, de atención o de dedicación».

STS de 21 de abril de 1992. «Como bien razona la sentencia recurrida, es dudosa la relación causal que pueda existir entre la primera lesión ocular detectada y las gravísimas consecuencias que después se apreciaron, ya que la lesión intraocular no puede afirmarse, con la seguridad que estos casos requieren, tuviera su causa directa en el primer accidente laboral producido y no en otro, y ello lo

podemos deducir de dos circunstancias que han de tenerse en cuenta: en primer lugar, el tiempo tan dilatado transcurrido entre el primer acto médico y la extirpación del ojo; en segundo término, y sobre todo, el hecho de que el lesionado pudo dedicarse a sus ocupaciones habituales hasta bastante después del primer diagnóstico».

4. IMPRUDENCIAS CON VEHÍCULOS AUTOMOTORES

Sin duda, la trascendencia social que el fenómeno del tránsito rodado de vehículos automotores ha adquirido en este siglo es algo incuestionable. Y, paralelamente a ella, su repercusión en el terreno de lo jurídico se ha hecho evidente. Más concretamente, en el ámbito estricto del Derecho Penal, las infracciones de tránsito generan una buena parte de las conductas de lesiones y homicidios culposos. El Congreso Nacional lo ha reconocido así al decretar la Ley de Tránsito (Decreto 205-2005, de 27 de diciembre), en cuyo segundo considerando puede leerse lo siguiente: «los accidentes de tránsito hoy día constituyen una de las más frecuentes causas de mortalidad y lesiones permanentes en la población, afectando de esa manera la seguridad de las personas y los bienes donde el tránsito de vehículos automotores se presenta de manera agravada»⁽¹⁴²⁾.

La Ley de Tránsito (art. 107), prevé que, en los casos de accidente de tránsito en el que se causaren lesiones o muerte a personas, procederá el decomiso del vehículo o vehículos y la detención del conductor o conductores, para su remisión a la autoridad competente, acompañado del informe técnico del accidente. Es decir, en definitiva dispone la puesta a la orden de la autoridad competente de los detenidos en estos casos, por si hubiera que depurar su responsabilidad penal.

A) Los principios rectores del manejo diligente de los vehículos automotores

En el manejo de vehículos automotores la guía o modelo de conducta exigible, esto es, el ámbito del «deber de cuidado» objetivamente exigible, no debe identificarse con la medida de ese deber general de cuidado que da el «ciudadano medio», sino con la que ofrece un «hombre concienzudo y cuidadoso» entre los conductores de automóviles. No podemos ignorar que los automóviles constituyen

⁽¹⁴²⁾ Nos ceñimos aquí al examen de los delitos culposos cometidos mediante vehículos automotores; ello no obstante hay otras conductas reprochables de carácter doloso vinculadas a la circulación rodada, tales como la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, que no aparece contemplada específicamente como delito en el Código Penal hondureño. La Ley de Tránsito sí tipifica como infracción grave conducir en estado de ebriedad, aplicándose en lo conducente las sanciones que establece la Ley de Penalización a la Embriaguez Habitual (art. 98, numeral 16).

verdaderas armas letales, su utilización supone un grave peligro potencial para la vida e integridad humana que no puede quedar en manos de personas poco escrupulosas o medianamente escrupulosas en su manejo. La Ley de Tránsito (Decreto 205-2005, de 27 de diciembre), al regular el uso y circulación de los vehículos automotores terrestres, pretende, entre otros objetivos, «la defensa de la vida y de la integridad física de las personas» (art. 1).

En este sentido, la STS de 27 de octubre de 1987 afirmaba: «el concepto de imprudencia es variable y dinámico, y en él juegan un papel preponderante las circunstancias del sujeto en función de las posibilidades de conocimiento del resultado que la conducta pueda generar. Es por ello por lo que frente a la referencia genérica del hombre medio o del buen padre de familia del viejo Derecho Romano, se ofrece un complemento, o un plus de cognoscibilidad, en aquellas personas que por su técnica, por su integración en determinadas instituciones o por los especiales deberes de cuidado que sobre ellos pesan, ha de exigírseles un acentuamiento de este deber de atención y vigilancia».

A la hora de concretar ese deber de cuidado puede traerse a colación el contenido del artículo 60 de la Ley de Tránsito, en cuanto exige, como condiciones básicas y obligatorias para la conducción de vehículos en cualquier situación, las siguientes:

- 1) El conductor deber tener habilidades para conducir, además de encontrarse en estado normal de salud, de ánimo, alerta y libre de cualquier otra condición que limite física o psicológicamente sus habilidades.
- 2) Observar y respetar la señalización vial y las instrucciones de vialidad.
- 3) Mantenerse en el carril escogido. Rebasar y hacer cambio de carril en forma excepcional, siempre por el lado izquierdo, nunca en curvas, puentes, pendientes, esquinas o cruces de vías. No hacer zigzag entre carriles.
- 4) Observar las disposiciones reglamentarias de seguridad sobre velocidades y distancias entre vehículos.
- 5) Extremar las precauciones al viajar en condiciones de penumbra u oscuridad en zonas de riesgo, o en condiciones climáticas adversas.

Pues bien, a partir de ese pronunciamiento tan amplio, tres son los axiomas generales que la jurisprudencia, en una labor de abstracción y destilación del contenido textual de la norma positiva y de los elementos configuradores de la debida diligencia en la práctica de la conducción de vehículos de motor y del tránsito rodado, ha venido cristalizando: el principio de conducción dirigida (también llamado de conducción controlada), el principio de seguridad y el principio de la confianza. La STS de 27 de marzo de 1989 nos dice:

Es doctrina reiterada de esta Sala que la gravedad de la culpa se resuelve en la intensidad de sus elementos estructurales, esto es, el elemento psicológico –poder saber y poder evitar– y el elemento normativo –deber de cuidado exigible–, elemento este último que, por lo que a la conducción de vehículos de motor respecta, se halla informado por el *principio de conducción dirigida*, incorporado de manera genérica en el artículo 17 párrafo primero del Código de la Circulación, del que luego se harán aplicaciones específicas en los apartados que le subsiguen y a lo largo del articulado de dicho Código viario, principio que se complementa por el de *confianza* válido para quienes comportándose con observancia de las normas del tráfico tienen derecho a esperar igual conducta correcta por parte de los demás con la única excepción del llamado *principio de defensa* amparador de aquellas personas que como niños, enfermos o minusválidos, no pueden reaccionar conforme a las normas viarias, por lo que éstas les dispensan mayor protección frente a los demás usuarios de las vías públicas.

a) Principio de conducción dirigida o controlada

La Ley de Tránsito define al conductor o motorista (art. 4) como «toda persona que pilota, gobierna o tiene el dominio físico de un vehículo». El legislador hace aquí referencia explícita al «dominio» del vehículo y este término supone que el conductor o motorista ha de estar en todo momento en condiciones de controlar (dominar) el vehículo que maneja. Y, recordemos que el artículo 60 de la misma Ley exige que el conductor tenga habilidades para conducir y se encuentre libre de cualquier estado o condición que limite física o psicológicamente tales habilidades.

La obligación genérica de «conducción diligente» adquiere, por tanto, su primer nivel de concreción en este principio de «conducción controlada». El principio de la conducción dirigida –indican las SSTS de 18 de junio de 1988 y 27 de marzo de 1989– «impone la elemental obligación de ser dueño, en todo momento, del movimiento del vehículo, e indica las ocasiones en que especialmente deben de adoptarse las medidas precautorias de moderar la marcha».

La dimensión del necesario control del vehículo por parte del conductor ha de entenderse tanto en los momentos de circulación y movimiento como en los de abandono del automóvil en la vía pública. Así, del mismo modo puede considerarse imprudente, por infracción de este principio, al conductor de un vehículo que no evita la colisión con el que le precede por «alcance», al no observar la distancia razonable y prudente de circulación entre vehículo⁽¹⁴³⁾ (STS de 18 de noviembre de 1982, entre

(143) El artículo 60 de la Ley de Tránsito considera como una condición básica y obligatoria de la conducción «observar las disposiciones reglamentarias de seguridad sobre velocidades y distancias entre vehículos». Y el artículo 69 de la misma Ley impone a los conductores la obligación de «mantener la velocidad y distancia razonable y prudente, que garantice la detención oportuna en caso que la situación amerite una maniobra de emergencia tendente a evitar un accidente». Y, seguidamente, ofrece una regla sobre la distancia de seguridad razonable: «Por cada 10 kilómetros de velocidad y cuando las circunstancias lo permitan, los conductores deben mantener un espacio equivalente para que otro vehículo que intente

otras muchas), o no modera la marcha en las proximidades de curvas para no invadir el carril contrario (SSTS de 18 de junio de 1988 y 27 de marzo de 1989), o en pavimentos mojados (STS de 3 de junio de 1985), o no atempera la velocidad del vehículo, en conducción nocturna, a la que permita su parada dentro de la zona iluminada⁽¹⁴⁴⁾ (STS de 23 de octubre de 1985), como al que abandona el automóvil, sin asegurar debidamente su inmovilidad, cuando éste se desplaza sin control, causando perjuicios a terceros (SSTS de 9 de marzo de 1973 o de 28 de noviembre de 1977), o si lleva a cabo ese abandono y descontrol de forma brusca, en evitación de un riesgo para él, pero sin adoptar antes de ello medidas que le eran perfectamente posibles de llevar a cabo, en evitación de otros resultados lesivos⁽¹⁴⁵⁾ (STS de 14 de noviembre de 1966, por ejemplo).

El ámbito de dicho control excede del ejercido sobre el automóvil, para extenderse al de las personas, animales o cosas que en el mismo son transportadas (STS de 23 de diciembre de 1988), acerca de los cuales deberá evitarse, de una parte, que interfieran la libertad de movimientos del propio conductor, el campo necesario de visión de éste y la atención permanente a la conducción, que garanticen su propia seguridad, la del resto de ocupantes del vehículo y la de los demás usuarios de la vía; y, de otra, que lleven a cabo, dichas personas o animales transportados y con ocasión de esa circulación, actos que deriven en perjuicios propios o de terceros, tales como subir o descender en marcha, antes de que el vehículo se hubiere detenido o con posterioridad a que arrancase⁽¹⁴⁶⁾ (STS de 31 de

adelantar lo pueda hacer sin peligro, excepto cuando, a su vez, tratase de adelantar al que le antecede».

- (144) Sobre la velocidad adecuada, el artículo 60, numeral 5 de la Ley de Tránsito exige, como una norma elemental, extremar las precauciones en condiciones de penumbra, oscuridad y en condiciones climáticas adversas.
- (145) A propósito del estacionamiento de vehículos sin que pongan en peligro la seguridad de las personas y sus bienes, el artículo 80 de la Ley de Tránsito señala las obligaciones que se han de cumplir; entre ellas, el numeral 5 establece que «si el vehículo ha de quedar estacionado, debe aplicarse el freno de emergencia, o de estacionamiento» y que «los vehículos de mas de 2 toneladas métricas de carga deben asegurarse con las cuñas reglamentarias». El numeral 6 exige que cuando el estacionamiento de un vehículo haya de hacerse, por razones especiales, en una carretera, debe situarse necesariamente fuera de la calzada, señalizando su presencia mediante las luces de estacionamiento y colocando los dispositivos de advertencia reglamentarios para indicar la existencia de peligro.
- (146) El artículo 76 de la Ley de Tránsito dispone cómo han de hacerse las paradas de vehículos para la subida y bajada de pasajeros: «en el carril derecho inmediato a la calzada, asegurándose de que los demás conductores están advertidos de la maniobra que se intenta realizar, para lo cual se deberán utilizar las luces indicadores del vehículo y otras señales». Está prohibido subir y bajar pasajeros, de vehículos particulares o de transporte público, a menos de 15 metros de la esquina o cruce más inmediato, o fuera de las bahías o puntos autorizados.

marzo de 1970).

Otro grupo de actitudes del conductor, constitutivas de conductas infractoras culposas, también cabe relacionarlas con la vigencia de este principio del necesario control de la conducción. La embriaguez o la influencia de sustancias tóxicas en el conductor llega anular o disminuir peligrosamente el control sobre la conducción, lo mismo que el cansancio excesivo o la somnolencia (SSTS de 28 de noviembre de 1984, 31 de mayo de 1985 o 16 de noviembre de 1990), y, también, la distracción ocasionada por el hecho de fumar durante la conducción (STS de 11 de octubre de 1973) o utilizar teléfonos celulares⁽¹⁴⁷⁾.

Conviene asimismo recordar que esa exigencia de control en todo momento del vehículo, no se ve atenuada por las especiales dificultades de la conducción, derivadas de concurrentes circunstancias atmosféricas, del estado de la calzada, visibilidad, etc., siempre que resulten advertibles o previsibles para el conductor, que ha de responder a las mismas, extremando proporcionalmente su diligencia, precisamente en restablecimiento del deber de control del vehículo⁽¹⁴⁸⁾ (SSTS de 20 de enero de 1987 o 30 de septiembre de 1981, por ejemplo). En definitiva, pues, podría decirse, con términos empleados por consagrada doctrina jurisprudencial, que este principio lo que impone es el elemental deber de ser en todo momento dueño de los movimientos del vehículo (STS de 17 de enero de 1977), o, dicho en los términos de la Ley de Tránsito, debe tener en todo momento el «dominio físico del vehículo» (véase la definición de conductor en el art. 4).

b) Principio de seguridad

El principio de seguridad es otro de los axiomas esenciales para valorar la actuación del conductor de un vehículo de motor y derivar de ello un juicio sobre la existencia o no de negligencia en esa conducta.

La STS de 8 de marzo de 1973 recuerda que «un conductor normalmente cuidadoso, en aplicación del principio de la seguridad debe ir atento a las circunstancias circulatorias» (véase el art. 60 de la Ley de Tránsito). También se

⁽¹⁴⁷⁾ La Ley de Tránsito (Decreto 205-2005, de 27 de diciembre), tipifica en el artículo 98 como infracciones graves, entre otras, las siguientes: conducir en estado de ebriedad, o bajo influencia de drogas o estupefacientes (numeral 16); realizar el conductor actividades dentro del vehículo, adicionales a la conducción, que exijan el uso simultáneo de ambas manos o que distraigan la atención del conductor, tales como el uso de teléfonos celulares, aparatos de comunicación, radios y otros (numeral 24); llevar el conductor entre sus brazos a una persona, mascota, objeto, etc., que dificulte la conducción (numeral 32).

⁽¹⁴⁸⁾ Véase el artículo

afirma que «el principio de seguridad obliga a prevenir, hasta donde humanamente es posible, el defectuoso comportamiento de los demás usuarios de la vía pública» (STS de 15 de octubre de 1977). Precisamente por ello, el principio de seguridad ampara a los peatones ancianos, minusválidos psíquicos y niños, en el sentido de que es previsible su anormal comportamiento en relación con las normas que regulan el tránsito de vehículos. La STS de 27 de diciembre de 1986, dice al respecto:

Si bien para la calificación de la imprudencia punible hay que tener en cuenta el principio de confianza conforme a las exigencias del tráfico, sin que todo conductor deba prever las infracciones reglamentarias que cometan los peatones, tal principio relativo y flexible, viene excepcionado por el de seguridad en la conducción dirigida en los supuestos de enfrentamiento con niños, minusválidos y ancianos por su impulsividad azarosa y desconocimiento de disposiciones regladas, que inciden en las normas del tráfico, exigiendo una mayor prudencia y diligencia en los pilotajes de vehículos, a fin de no agudizar el peligro en estos concretos supuestos.

Mientras que el principio de conducción controlada se refiere a la obligación para el conductor de controlar suficientemente el vehículo, el principio de seguridad alude a la exigencia de atención por aquél a las circunstancias circulatorias y a la adopción de las necesarias medidas para la evitación de accidentes. En ocasiones se confunden ambos principios y se vulneran ambos en una misma conducta. Con todo, podemos ver la diferencia entre ambos en la casuística jurisprudencial sobre este segundo principio.

Así, como imprudencias atentatorias a la seguridad del tráfico, pueden señalarse genéricamente, la infracción del mandato impuesto por las señalizaciones, de cualquier clase que sean, tanto fijas como móviles, luminosas o no, limitadoras de velocidad, peso o dimensiones del vehículo, prohibitivas de ciertas maniobras, etc. En todas estas maniobras indebidas no se pierde el «control» del vehículo, al menos en principio, sino que se está afectando a los límites y prohibiciones establecidos para que la conducción de un vehículo de motor, y de los que con él comparten el tráfico, discurra dentro de la debida seguridad. Otro tanto cabe decir de los «adelantamientos indebidos», inadecuación de distancias, uso incorrecto en la señalización luminosa o acústica del vehículo conducido, defectuosa indicación de estacionamiento por avería.

Por supuesto que habrán de ser también consideradas como incumplimiento de este principio todas las infracciones, tan frecuentes como importantes en el tráfico rodado, contra el régimen de preferencias de paso, cualquiera que sea el medio reglamentario por el que éstas se encuentren reguladas.

En definitiva, resulta fácil de observar la enorme e importante aplicación, que este principio de la «seguridad», por sí solo, ostenta en la clase de enjuiciamientos a

los que venimos refiriéndonos, si bien discurrendo siempre en paralelo y con la cobertura, e incluso común incidencia (en casos como el de velocidad excesiva ya visto u otros como la carencia de permiso para conducir), con el de control de la conducción.

c) Principio de confianza

Si los dos principios anteriores (el de conducción controlada y el de seguridad), se encuentran, aunque diferenciados, tan próximamente relacionados como acabamos de ver, el denominado principio de confianza viene a ser el reverso de aquellos dos.

Los primeros, nos han de servir para medir las obligaciones, los deberes, que pesan sobre el conductor del vehículo cuya conducta se enjuicia, en tanto que éste último examina el comportamiento de los demás partícipes en el tránsito por las vías públicas (vehículos automotores, peatones, semovientes) y su incidencia en el accidente, para así reducir o incluso eximir al conductor encausado de la responsabilidad que pudiera corresponderle por los perjuicios que se hubieren producido.

Con arreglo al llamado «principio de confianza», «todo partícipe en la circulación rodada que se comporta reglamentariamente, tiene derecho a esperar, en expectativa legítima, un comportamiento igualmente ajustado a la norma en los demás partícipes en el tráfico» (STS de 5 de febrero de 1973). De ahí que la STS de 15 de octubre de 1979 (RJ 1979\3670) afirmase que «si los demás conductores o viandantes no circulan de manera ortodoxa o invaden la calzada o la obstruyen de manera antirreglamentaria» ello supone una vulneración del principio de confianza. Complementariamente, la STS de 24 de septiembre de 1979 afirma:

La responsabilidad del infractor culposo puede ser aminorada o disminuida a tenor del principio de confianza en el tráfico, desenvuelto por la jurisprudencia en todos los países y aplicado principalmente en materia de accidente de circulación y que consiste en la suposición del autor de que todo partícipe se conducirá en todo momento a tenor de las normas legales y reglamentarias e incluso consuetudinarias, sin que por tanto en circunstancias consideradas normales se deba prever una conducta antirreglamentaria por parte de la víctima que venga a quebrar el conjunto de previsiones adoptadas por el actuante sin darle tiempo a rectificarlas.

Haciendo abstracción, por el momento, de ese importante matiz de la exigencia del «comportamiento reglamentario» de quien pretenda alegar en su favor este «principio de confianza», cuya significación para la correcta valoración de la conducta se examinará en el apartado siguiente, se hace comprensible este tercer axioma de carácter negativo, aludiendo a los supuestos concretos de aparición inopinada e imprevisible de obstáculos (personas, animales o cosas) en la

trayectoria del vehículo guiado por el conductor objeto de enjuiciamiento o en las también imprevisibles maniobras de los otros conductores en circulación por el lugar.

Ello hace que, en ciertos supuestos, un arrollamiento, una colisión o incluso un alcance, en los que, en un primer momento pudiera entenderse infringida la obligación de control, atendidas las circunstancias del caso y la responsabilidad de la víctima, pueda llegar a fundarse correctamente un juicio exculpatorio.

d) El juego de los tres principios enunciados

Para aplicar el principio de confianza como exculpatorio de una conducta en principio aparentemente culposa, es preciso que no sean de aplicación preferente los principios de conducción dirigida y de seguridad. La casuística jurisprudencial es muy variada.

1) Conducta anómala de la víctima, contraria al principio de confianza, pero previsible. No degrada la imprudencia. STS de 30 de junio de 1980:

En virtud del llamado principio de confianza imperante en el derecho de la circulación de que ahora se trata, tiene derecho a esperar otros comportamientos correctos ajenos intervinientes en el tráfico viario, pero si la invocada conducta anómala de la víctima pudo ser anticipadamente esperada, calculada u observada, para prevenirla y soslayarla, entonces no cabe ampararse en sus posibles efectos el culpable condenado como primordial causante, por imponérselo así el principio de seguridad en la conducción que le obliga a prever y evitar ese comportamiento defectuoso, con lo que su primaria y principal imprudencia no puede sufrir degradación alguna

2) Grave imprudencia del conductor (velocidad inadecuada al trazado de la calzada y a las condiciones de visibilidad y climáticas), degradada por la conducta de un peatón que cruza inopinadamente la calzada, quebrando el principio de confianza. STS de 1 de octubre de 1985:

Junto a la grave imprudencia del conductor del turismo circulando en un tramo de carretera con visibilidad reducida por las curvas del trazado, en la proximidad de accesos a lugar habitado, con una señalización vertical que avisaba del peligro por velocidad inmoderada, de noche y con luces de cruce por el frecuente tránsito de vehículos, y con visibilidad disminuida por las ráfagas de niebla y el humo de camiones que ascendían en sentido contrario, no redujo la velocidad a la adecuada – inferior sin duda a la reglamentaria– que le permitiese a tiempo percatarse de cualquier contingencia, como exige el principio de conducción dirigida o de seguridad; ciertamente, que el principio de confianza también le autorizaría a esperar de los demás usuarios de la vía un comportamiento ajustado a la más elemental prudencia, y no fue éste el del peatón que se aventuró a cruzar la calzada sin cerciorarse de que estaba libre en ambas direcciones, en horas intempestivas de la noche, y sin capacidad de reacción suficiente por las limitaciones inherentes a la involución senil; por este motivo la conducta de la víctima se erigió en causa del resultado –más no causa única– sin valor suficiente para separar la acción del conductor del nexo causal, y esta coexistencia o concurrencia de conductas en el campo de la causalidad se traduce en una degradación importante de la imprudencia del conductor.

3) *Camión averiado, estacionado al lado derecho de la calzada sobre el arcén (berma) y señalizada su presencia en tramo recto de buena visibilidad, contra el que colisionó el procesado. No sirve de causa exculpatoria el principio de confianza, en este caso, en que la calzada se halle libre de obstáculos.* STS de 24 de mayo de 1979:

El procesado, por no ir atento a la circulación, no se apercebó de la presencia de un camión que, averiado, se hallaba estacionado al lado derecho de la calzada y sobre el arcén, en el sentido de la dirección que llevaba, no obstante estar señalizada la presencia del obstáculo que el camión representaba, por un triángulo colocado a cincuenta metros de distancia, tener colocada cinta reflectante en su parte trasera y hallarse sito en tramo recto con visibilidad y firme en buen estado, sin que pueda servir de causa exculpatoria la derivada del principio de la «confianza», ya que lo normal es que la calzada se halle libre de obstáculo, en cuanto que tal principio ha de ceder en general ante el de «conducción dirigida», en virtud de lo cual todo conductor debe adoptar las precauciones necesarias, según las circunstancias concretas del tráfico, para tener el control de los movimientos del vehículo que pilota y evitar posibles y previsibles riesgos.

3) *El principio de confianza cede ante el de seguridad que ampara a los niños pues es previsible su comportamiento anormal en relación con las normas de tránsito.* STS de 15 de octubre de 1979 (RJ 1979\3598):

Invoca como justificación eximente de su culpabilidad la vigencia del principio de confianza, el cual impone la esperanza en el mutuo cumplimiento de las reglas dirigidas a cada parte implicada en el tráfico, en este caso conductor y víctima, porque sobre el mismo y con mayor prevalencia se impone el principio de conducción dirigida o de autodomínio del vehículo que se gobierna, no menos que el principio de seguridad, que obliga a prevenir hasta donde humanamente sea posible el defectuoso comportamiento de otros usuarios de la vía pública, sobre todo tratándose de niños cuyas reacciones suelen resultar en diversidad de ocasiones anómalas, por lo que si el procesado vio al interfecto subido en otro vehículo, pudo con diligencia y tiempo hábil prevenir o suponer que bajase del mismo para cruzar la calle o para, como realmente hizo, seguir tras el camión, con lo que de haber prestado alguna atención y observancia a la situación de la calzada, sobre la que retrocedía, hubiera podido soslayar o disminuir los graves efectos de una maniobra arriesgada realizada sin el debido aseguramiento, que no precisaba otra diligencia que la de echar una ojeada a la calle sobre la que retrocedió sin haberse apercebido de lo que ocurrió en ella, en los precisos momentos en que trataba de estacionar correctamente su vehículo.

También la STS de 26 de noviembre de 1974 rechaza la aplicación del principio de confianza cuando las víctimas son niños y ancianos, amparados por el principio de seguridad:

Una vez más debe preponderar el principio de la «seguridad en el tráfico», sobre el principio de «confianza», pues el conductor, que pone en su actuación un elemento peligroso en las vías públicas, más que confiar en que todos los usuarios de la vía actuarán con la debida diligencia, debe asegurarse que no realizarán actos que por graves que sean no justifican su muerte, y así es perfectamente previsible en niños y ancianos que puedan creer que les da tiempo a pasar y creen situaciones hartamente peligrosas para su integridad personal, como ocurrió en el hecho de autos.

4) El «principio de defensa» de ancianos, niños y minusválidos psíquicos prevalece sobre el de confianza. En relación con estos concretos casos de arrollamientos de niños o ancianos, se ha llegado a citar por la jurisprudencia el denominado principio de «defensa», que ampara a minusválidos psíquicos, ancianos y niños, y que se contrapondría también al de «confianza» en que los mencionados actúen con arreglo a la regulación del tránsito vial, impidiendo, por una doble vía, los eventuales efectos exculpatorios de éste (STS de 25 de febrero de 1973). La STS de 8 de junio de 1985 relaciona los principios de seguridad, confianza y defensa, para dar prevalencia al primero y al último en los casos de niños, ancianos y minusválidos psíquicos:

El principio de la confianza conforme al cual quien desarrolla una conducta de riesgo común puede esperar que los demás se comporten conforme a las exigencias del tráfico, sin que todo conductor de vehículo haya de prever las infracciones reglamentarias que cometan los demás, tal principio es relativo y flexible, viniendo excepcionado por el de conducción dirigida o de seguridad y por el de defensa, en los supuestos de posibles enfrentamientos en la circulación urbana con niños, ancianos o minusválidos psíquicos, debiendo tenerse presente su presunta inconsciencia, su impulsividad azarosa, su desconocimiento de las disposiciones regladas y sus repentinos cambios de actitud, ha de contarse con su impensado proceder contra las normas del tráfico, que puede ser normalmente esperado como posible para modificar preventivamente la conducta seguida por la más diligente, prudente y cautelosa que evite la agudización del peligro, al ser el principio de seguridad y no el de confianza.

Hay que recordar cómo, en ocasiones, esa mayor exigencia de cumplimiento de los principios impositores de deberes para el conductor del vehículo, se agrava aún más cuando se trata, por ejemplo, de conducciones profesionales de vehículos de alguna especialidad por sus dimensiones, peso, carga, etc. (así STS de 30 de mayo de 1974, por ejemplo).

En resumidas cuentas, sobre la negligencia en la conducción de vehículos automotores, podría decirse esquemáticamente lo siguiente:

1. La determinación de si una concreta conducta ofrece el carácter de negligente exige valorar la concreta extensión del «deber de cuidado» vulnerado.

2. En las acciones cometidas con motivo de la circulación de vehículos automotores, ese «deber de cuidado» se residencia en el cumplimiento de dos principios básicos que, desarrollados por la doctrina jurisprudencial sobre los propios textos legales y las reglas de experiencia de esta específica actividad, vinculan a todo conductor: el de «conducción controlada» (o «dirigida») y el de «seguridad».

3. El principio de «conducción controlada» conlleva la obligación del conductor de un vehículo de ser dueño, en todo momento, del control sobre los movimientos de

aquél (esto es, de tener su dominio), cualquiera que fueren las circunstancias externas al mismo.

4. El principio de «seguridad» supone, por su parte, el deber de adoptar, en toda clase de maniobras, las medidas necesarias para garantizar la seguridad del tráfico, evitando riesgos, respetando las exigencias del mismo y, en concreto, las de la señalización vial que lo regula.

5. Junto a esos dos principios de carácter impositivo para el conductor, también se perfila un tercero, éste de significado exculpatario, que se conoce como el principio de «confianza», según el cual todo conductor que se comporta adecuadamente tiene derecho a esperar, del resto de usuarios de las vías circulación, igual adecuación a la normalidad y a las circunstancias del tránsito; es decir, no está obligado a prever situaciones irregulares excepcionales ajenas a su conducción.

6. El enjuiciamiento de la conducta se reduce, por tanto, al análisis de la misma, aplicando la combinación de los tres principios referidos, de los que los dos primeros, impositivos de obligaciones al conductor, son preferentes. De modo que, acreditar el acatamiento a éstos principios impositivos, resulta obligado para poder apreciar si la intervención de un tercero ha supuesto una infracción al principio de «confianza» de carácter exoneratorio; aunque la infracción a este último principio también se admite a los solos efectos de atenuación de la responsabilidad y, especialmente, de la minoración de los pronunciamientos indemnizatorios.

B) La conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas o drogas

El legislador hondureño no ha regulado un delito específico de conducción bajo la influencia de alcohol o de sustancias estupefacientes. En el Código Penal se contempla la embriaguez únicamente en los siguientes casos:

— Atenuante genérica: «ejecutar el hecho en estado de embriaguez, cuando esta no fuere habitual o posterior al delito» (art. 26.3).

— Agravante genérica: «embriagarse o intoxicarse deliberadamente para preparar o ejecutar el delito» (art. 27.20).

— Homicidio culposo. Se recoge como agravante específica: «si el autor hubiese cometido el hecho como consecuencia de encontrarse en estado de ebriedad o de haber consumido drogas prohibidas por la ley» (art. 121).

— Lesiones culposas. Se recoge la misma agravante específica: «si el autor hubiese cometido el hecho como consecuencia de encontrarse en estado de ebriedad o de haber consumido drogas prohibidas por la ley» (art. 138).

— Falta contra las buenas costumbres: El artículo 410 del CP castiga a «quien

se embriague y provoque escándalo o ponga en peligro la seguridad propia o la de los demás». En este tipo penal puede enmarcarse la conducta de quien, embriagado, conduzca un vehículo de motor sin ocasionar un resultado dañoso (de lo contrario estaríamos ante un homicidio o lesiones o daños culposos).

Cuando hablamos de alcohol y drogas nos referimos a una serie de sustancias que alteran el equilibrio psíquico y motriz del sujeto, sus condiciones psicossomáticas de concentración, destreza, pericia y atención, hasta el punto de intervenir negativamente en la normal conducta de éste, en orden a garantizar el mejor control del vehículo y, en su consecuencia, a preservar la seguridad del tráfico. En realidad, puede inscribirse dentro del concepto general de «droga», según la definición que de la misma ofrece la Organización Mundial de la Salud, «toda sustancia que, cuando se introduce en el organismo vivo, puede modificar una o varias de sus funciones». El dato de la «dosis» o cantidad de sustancia necesaria para que tal influencia aparezca como relevante, a los efectos que nos preocupan, es algo dependiente del caso concreto, clase de sustancia, transcurso de tiempo desde la ingestión, forma de ésta, características del sujeto, etc.

Por lo que atañe al alcohol, los estudios publicados al respecto destacan que hay sobrada evidencia científica de que la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas produce deterioro psicomotor que dura hasta las 4,5 horas después de haber finalizado la ingesta de alcohol, disminución de los reflejos aumentando los tiempos de reacción, disminución de la percepción y reducción del campo visual, disminución de la capacidad de movimientos, modificación de las capacidades mentales de juicio, razonamiento, atención, concentración y estado de ánimo, producción de sueño y fatiga, aumento de la despreocupación, la temeridad y la agresividad, falseamiento de la correcta apreciación de distancias y velocidades y modificación de la apreciación o valoración de riesgo, aumentando en tres veces la posibilidad de que se produzca accidente mortal respecto a un conductor que no ha ingerido bebidas alcohólicas, asimismo las lesiones y secuelas ocasionadas por un accidente en quienes han consumido alcohol son tres veces más graves que en quienes no lo han consumido.

Es unánime, en fin, la jurisprudencia al señalar que el alcohol y las sustancias estupefacientes disminuyen la atención y reflejos para la conducción constituyendo una negligencia temeraria conducir bajo la ingesta de estas sustancias, por lo que de resultar un resultado lesivo (muerte o lesiones) estaremos ante un delito de homicidio o lesiones culposo. Todo ello con independencia de que los artículos 121 y 138 del CP contemplen como agravante específica de los delitos de homicidio y lesiones culposas, que el autor estuviere embriagado o hubiere consumido drogas prohibidas por la ley.

C) Concurrencia de culpas

Sucedo, en ocasiones, que en el resultado del delito imprudente concurre, además de la acción u omisión del agente, una mayor o menor relevancia del propio actuar u omitir de la víctima, hasta el punto de que, hay veces, que puede afirmarse la culpa exclusiva de ésta en el resultado producido. Tal es lo que hoy se conoce como «concurrencia de culpas». La concurrencia de culpas se da siempre que conjuntamente con la culpa del agente haya coexistido la de la víctima, contribuyendo ésta concausalmente, en mayor o menor medida, a la producción del resultado. En palabras del Tribunal Supremo, se produce la concurrencia de culpa cuando la víctima «interfiere en la relación de causalidad entre el acto del culpable y el resultado, introduciendo una nueva circunstancia no previsible para aquél por lo que, dado el carácter eminentemente culpabilista de nuestro sistema punitivo, no se puede atribuir al imprudente la totalidad de responsabilidad del evento ocasionado» (SSTS de 31 de marzo de 1982 y 8 de marzo de 1990).

Inicialmente, a esta figura se la denominó «compensación de culpas», negándole eficacia alguna en la esfera penal a efectos exonerativos de la responsabilidad criminal. El infractor debía responder de las consecuencias lesivas de su comportamiento, con total independencia de cual hubiera sido la conducta del ofendido o de la víctima; la calificación, a efectos de subsunción en uno u otro precepto punitivo, de la acción u omisión del referido agente, había de hacerse *per se*, esto es, de un modo autónomo e independiente, prescindiendo, absolutamente de la influencia que, en la causación del referido resultado, pudiera haber tenido el quehacer o el omitir del ofendido o víctima. A lo más, se reconocía que, en el terreno exclusivamente civil, de la indemnización consecuente a la infracción, pudiera ser un factor importante para determinar el *quantum* de aquélla, la incidencia que, en la causación de un resultado punible y lesivo hubiera tenido el comportamiento intercedente del sujeto pasivo. Esto no obstante, en tiempos más recientes, esa terminología, se abandonó debido a su impropiedad, sustituyéndola por la de «concurrencia de culpas», fenómeno que se da siempre que, con la indudable culpa del agente, haya coexistido o confluído, la del ofendido o la de la víctima, contribuyendo, concausalmente, y en mayor o menor medida, a la producción de un mismo resultado lesivo (STS de 25 de octubre de 1988).

El Tribunal Supremo ha considerado que el comportamiento de la víctima puede concurrir en la calificación de los hechos del modo siguiente: a) degradando la intensidad de la culpa en que incurrió el agente, haciéndola descender de la escala culposa; b) moderando el *quantum* de la indemnización atendiendo al grado de participación de la víctima y c) muy excepcionalmente, cuando la culpa de la víctima es de suma relevancia en la producción del resultado lesivo, exonerando de responsabilidad al encausado, en cuyo caso la responsabilidad tanto criminal como

civil recaerá exclusivamente en la esfera jurídico-patrimonial del que *ab initio* se calificó de ofendido⁽¹⁴⁹⁾. La STS de 5 de diciembre de 1980, lo expresa del siguiente modo:

En los casos de coexistencia de conductas –la del acusado y la del ofendido–, de tal modo que, una y otra, en la misma medida o en proporción distinta, hayan condicionado el resultado, contribuyendo o coadyuvando concausalmente a la producción del mismo, ya es sabido que, de ordinario, no se admite, ni doctrinal ni jurisprudencialmente, la compensación penal de las mismas con efectos exonerativos para el culpable acusado, influyendo tan sólo, en la responsabilidad criminal y en la civil, del modo siguiente: a) moderando el *quantum* de la indemnización al compás de la mayor o menor relevante incidencia de la culpa interrecurrente, aportada por el ofendido, en la producción del resultado dañoso; b) degradando, en ocasiones, la intensidad de la culpa en que incurrió el agente haciéndole descender, uno o más peldaños, en la escala culposa; y c) muy excepcionalmente, exonerando al sujeto activo de toda responsabilidad cuando la culpa del ofendido sea de tal magnitud que no sólo palidezca la del agente sino que la eclipse o absorba, trivializándola y minimizándola hasta límites de insignificancia y de desaparición.

Otro ejemplo de esta doctrina es la STS de 25 de octubre de 1988:

La interrecurrencia de imprudencia o negligencia, por parte del sujeto pasivo en la causación de un evento culposo, contribuyendo, concausalmente, con el comportamiento del agente, en la dicha causación del mismo, puede influir, en la calificación jurídica de los hechos, del modo siguiente: a) degradando la índole de la culpa en que *per se*, incurrió el agente, y haciéndola descender, al compás de la trascendencia de la culpa del ofendido o de la víctima, uno o más peldaños en la escala culposa; b) moderando el *quantum* de la indemnización que procedería señalar o fijar de no haber convergido, con la culpa del agente, la del sujeto pasivo, siendo, esa moderación, más o menos intensa, con arreglo a la incidencia e influencia que, en la causación o producción del daño sobrevenido, haya tenido el comportamiento imprudente o negligente del agente comparado con el indudable quehacer u omitir descuidado o imprecavido del sujeto o sujetos pasivos; c) muy excepcionalmente, la culpa de dicho sujeto pasivo, puede ser de tal magnitud y de influencia tan decisiva en la producción de un mismo resultado que no sólo minimice o trivialice la del encausado, sino que la borre y eclipse, en cuyo caso, la responsabilidad, tanto criminal, como civil, recaerán, exclusivamente, en la esfera jurídico-patrimonial del que, *ab initio*, se calificó de víctima o de ofendido.

La STS de 9 de marzo de 1990 también se refiere a ello en los siguientes términos:

En el ámbito criminal puede producirse una degradación del correspondiente tipo penal a otro más leve en atención a la eficacia causal que en el hecho produce el comportamiento de este último, mientras que en el ámbito civil se origina una especie de compensación por la cual, establecida la proporción en que cada una de dichas conductas ha incidido en el resultado teniendo

(149) Véanse, por ejemplo, las SSTS de 23 de octubre y 15 de noviembre de 1974, 14 y 23 de abril de 1975, 26 de junio y 28 de septiembre de 1979, 28 de enero y 5 de diciembre de 1980, 26 de enero y 2 de febrero de 1981, 3 de diciembre de 1982, 24 de marzo de 1983, 28 de mayo de 1984, 18 de diciembre de 1985, 2 de junio de 1986, 25 de octubre de 1988 y 8 de marzo de 1990.

en cuenta sobre todo, la entidad de las respectivas imprudencias y la peligrosidad de cada acción u omisión, se reparte la cifra indemnizatoria total conforme a dicha proporción, lo que en definitiva supone una rebaja de tal cifra en relación con la participación que en los hechos debe atribuirse al perjudicado.

A título de ejemplo, el Tribunal Supremo español ha examinado la concurrencia de culpas (apreciándola o no según las circunstancias concurrentes), en los siguientes supuestos:

— Conductor al que se le avería el vehículo y, en noche cerrada con densa niebla, procede a empujarlo ayudado por otras personas sin adoptar ninguna medida para advertir de su presencia a los demás usuarios de la vía, siendo colisionado por otro vehículo que transitaba en su misma dirección, resultando muertas dos personas. STS de 6 de octubre de 1980:

Los hechos probados de la sentencia impugnada arrojan sustancialmente que, en noche ya cerrada y con niebla densísima que impedía la visibilidad a una distancia de 20 metros, el procesado Roberto P. conducía su vehículo llevando como pasajeras a su esposa y a su cuñada, circulando por una carretera local de seis metros de anchura, de Ciudad Real a Aldea del Rey con dirección a esta localidad y, notando que los parabrisas no le funcionaban paró el vehículo casi en el centro de la calzada a fin de limpiar los cristales, y al tratar de emprender de nuevo la marcha no le funcionó la batería, quedando el vehículo parado y sin luz alguna, por lo que ayudado de otro conductor que en sentido contrario había pasado y al que solicitó auxilio, y de las referidas usuarias de su vehículo, que empujaban por la parte trasera de éste, intentó ponerlo en marcha, sin adoptar precaución alguna que pudiera advertir a otros conductores que utilizaran dicha calzada de la presencia del vehículo y de las personas indicadas, en cuya situación se presentó el coche «Seat-127», conducido por el también procesado Miguel G. que asimismo circulaba en dirección a Aldea del Rey a velocidad de 60 kilómetros hora, no obstante las condiciones atmosféricas indicadas, que no se percató de la presencia del vehículo parado, ni de las personas que trataban de impulsarlo hasta una distancia mínima, que le impidieron dominar su coche no obstante el frenado que realizó, colisionando con la parte posterior derecha de aquél y arrollando a la esposa y cuñada del otro procesado a las que lanzó unos 19 metros, causándoles tan graves lesiones que determinaron su fallecimiento, con daños en ambos vehículos, de cuya transcripción se desprende inequívocamente que ambas conductas de los procesados fueron eficaces, coeficientes y determinantes del trágico accidente, por las graves omisiones de previsión, cautela y diligencia que debieron tener presente y de las que prescindieron y subestimaron, creando un peligro potencial tan probable e inminente que se convirtió en realidad tan pronto surgió la contingencia que no tuvieron en cuenta, pudiendo y debiendo hacerlo por su elemental previsión, así como dejaron de guardar el deber objetivo de cuidado, preceptuado reglamentariamente con carácter general en el Código de Circulación, tanto con relación a la velocidad, como a las precauciones de parada de vehículos en vías públicas, factores que de haberlos observado hubieran evitado el suceso, cuya exigencia era además elemental por ser normas pertenecientes al acervo del sentido común, generalmente guardadas y respetadas por cualquier conductor ordinario en el complejo tráfico viario actual.

— Conductor que mata a una mujer que se hallaba postrada en la calzada, víctima de un accidente anterior, y a su hermano que la atendía. No se apreció concurrencia de culpas. STS de 2 de febrero de 1981:

El evento o suceso, se desarrolló en dos episodios claramente diferenciados –atropello de Antonia por el automóvil de Julio M. y, posteriormente y cuando yacía exánime en la calzada y era atendida por su hermano Luciano, nuevo atropello, esta vez por el automóvil que pilotaba el acusado Vicente F., resultando muertos ambos hermanos–, es evidente que, en lo que a la secuencia que protagonizó el susodicho F. concierne, no se registra la alegada concausalidad culposa de la conducta de la víctima, ya que ésta se hallaba postrada e inerte en la superficie de la carretera y, por tanto, no coadyuvó ni pudo contribuir, con la imprescindible voluntariedad culposa, a la causación de su propio óbito.

— Conductor que pierde el control del vehículo al circular a velocidad inadecuada al trazado de la calzada y a las circunstancias atmosféricas, atropellando a una persona que portaba un carrito. No estima concurrencia de culpas. STS de 16 de junio de 1981:

El detenido estudio del supuesto de autos no permite sentar la menor aportación causal en el comportamiento de la víctima, ya que no hay elemento alguno de hecho, ni tan siquiera juicio de valor, que pueda llegar a sentar aquella conclusión, y sí, por el contrario, aparecen con nitidez extrema y con marcados caracteres, la contribución única por parte del recurrente, al destacarse en el resultando correspondiente que el hecho se produjo al salir del paso subterráneo, por circular a velocidad no adecuada al sitio por donde marchaba debido a la falta de visibilidad y a encontrarse mojado el pavimento, perdiendo el control y dominio del coche que pilotaba hasta el punto de no percatarse de la presencia de la víctima que cruzaba la calzada llevando un carrito, y no solamente le atropelló y causó las lesiones y daños que se especifican, sino que lo inadecuado de la velocidad hizo que después se estrellase contra otro coche que se encontraba aparcado.

— Conductor que circula a velocidad ligeramente superior a la máxima autorizada y atropella a un peatón que se interna en la calzada para atravesarla por lugar no habilitado, peligroso por la densidad del tránsito y en horas nocturnas. Estima la concurrencia de culpas. STS de 3 de diciembre de 1982:

En el caso presente, la culposidad de la conducta del sujeto activo, y puesto que no circulaba, con su automóvil, a velocidad rauda o vertiginosa, ni consta incidiera en imprecisión o falta de cautela o diligencia distintas de la que seguidamente se mencionará, reposa exclusivamente en el hecho de que, siendo la velocidad máxima autorizada para el lugar de autos, la de 50 km/h, transitaba, sin embargo, a 70 km/h. Así pues, su comportamiento, enjuiciado de modo aislado y *per se*, merecía la calificación de delito de simple imprudencia con infracción de la prohibición de tránsito a velocidad superior a la máxima fijada por la autoridad competente [*infringió el art. 68 de la Ley de Tránsito hondureña y cometió la infracción grave del art. 98, numeral 5, de la misma Ley*]; pero como, por su parte, el peatón arrollado pese a frenar a fondo el acusado, se había internado en la calzada, para atravesarla de derecha a izquierda según el sentido de marcha del automóvil, conducido por el procesado, por lugar no señalizado para el paso de viandantes y pese a ser de noche y peligroso por la densidad de tráfico y disponer, la vía pública de autos, de tres carriles, es evidente que, el referido peatón infringió el artículo [*93 de la Ley de Tránsito hondureña*], influyendo en la causación del hecho en forma asaz poderosa y relevante, y conculcando el principio de confianza que debe reinar en la circulación de un modo que, si no imposibilitaba, al menos dificultaba gravemente la evitación de lo sucedido, siendo aconsejable, merced a esas circunstancias, y ante esa confluencia de culpas, degradar el comportamiento del acusado.

— La acusada no respetó la señal de «ALTO» colisionando su vehículo contra una motocicleta que transitaba por la avenida que gozaba de preferencia, pero a una velocidad excesiva. Estima la concurrencia de culpas. STS de 2 de junio de 1986:

Por su parte, el conductor de la motocicleta, marchaba a velocidad impropia e inadecuada, «a gran velocidad» como expresa la sentencia recurrida, superior, sin ningún género de dudas, a la autorizada para el tránsito por la meritada avenida por lo cual, el resultado letal habido no se hubiera producido de no mediar la concurrencia de dos culpas convergentes, la de la acusada y la generada por la velocidad excesiva a que marchaba el conductor de la motocicleta que pereció en el choque; lo que, justifica la degradación de la intensidad de la culpa en que incidió la acusada, así como una calificación menos severa que la que hubiera merecido su conducta *per se* y sin relacionarla con la del otro protagonista del evento.

— Peatón atropellado por cruzar de noche la carretera, cuando circulaba un automóvil con luz larga a excesiva velocidad. Estima la concurrencia de culpas y degrada la culpa del conductor de delito a falta. STS de 8 de marzo de 1990:

Es patente la relevancia causal de la conducta del peatón atropellado, que intentó cruzar la carretera, en horas nocturnas, cuando, en sentido opuesto al que él caminaba, circulaba, con luz larga, a elevada velocidad, el automóvil conducido por el procesado.

D) Plazo de prescripción en los delitos culposos

Una importante cuestión es determinar cuándo se entiende cometido el hecho constitutivo de un delito imprudente, al efecto de iniciar el cómputo del plazo de prescripción. A menudo, la acción negligente tiene sus consecuencias dañosas mucho tiempo después (pensemos, por ejemplo, en el constructor o arquitecto negligente y en las consecuencias dañosas del derribo de la casa, con diversos muertos y heridos, acontecida años después).

Hay que concretar, por tanto, si el día inicial (*dies a quo*) en el cómputo de la prescripción es el correspondiente al momento en que se produce la acción o el resultado.

El día inicial del plazo prescriptivo es el de comisión de la infracción punible, que en los delitos de resultado consumado exige la concurrencia de todos los elementos integradores del tipo, entre los que se encuentra el propio resultado (STS 1215/1999, de 29 de septiembre). Al respecto, es oportuno consignar –como hace la STS 537/2005, de 25 de abril– que el resultado en el delito imprudente no es una condición objetiva de punibilidad sino que forma parte del ilícito imprudente. Si junto a un desvalor de acción se reconoce un desvalor del resultado –pues el sujeto ha producido con su acción u omisión peligrosa un resultado socialmente dañoso que era evitable– es claro que ha de aceptarse que el resultado pertenece al ilícito. El delito imprudente se configura como la imputación de resultados evitables, y ese

resultado forma parte de la esencia del ilícito imprudente.

La posición doctrinal que se acaba de dejar expresada viene a colación para sostener que a efectos de prescripción el cómputo no se inicia con la conducta imprudente sin tener en cuenta el resultado que lo integra, sino que se hace preciso atender a ese resultado aunque se haya producido con posterioridad. Es a partir de los resultados acaecidos como consecuencia del ilícito imprudente cuando se inicia el cómputo de la prescripción (STS 537/2005, de 25 de abril).

Lección 8: Delitos no convencionales: Delitos de constitución financiera, lavado de activos, delitos ambientales.

I. LAVADO DE DINERO (LEGITIMACIÓN DE CAPITALS)

A) Concepto y naturaleza jurídica del delito de lavado de dinero⁽¹⁵⁰⁾

Los términos «lavado de dinero» (del inglés «*money laundering*») o «lavado de activos» son neologismos asumidos en todos los foros internacionales para designar aquellas conductas o comportamientos orientados a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero ilegalmente obtenidos o, si se prefiere, a dar apariencia de licitud al producto o beneficio procedente del delito. Tampoco es infrecuente, para hacer referencia a estas actividades, el uso de vocablos tales como «blanqueo de dinero» o «blanqueo de capitales» (así se denomina en España, Portugal y Francia) o «reciclaje» (del italiano «*riciclaggio*»).

La configuración de esta actividad como conducta delictiva en los ordenamientos penales modernos es relativamente reciente. Sin embargo, pese a la tardía respuesta jurídico penal a los comportamientos de esta naturaleza, es una realidad constatada que el tráfico ilegal de drogas y el blanqueo de dinero procedente del mismo son las dos caras de una misma moneda, son dos actividades delictivas indisolublemente ligadas. La venta y distribución de drogas genera fabulosos beneficios económicos que necesitan ser reciclados e introducidos en los circuitos comerciales y financieros, y que, a su vez, sirven de fuente de financiación, son el soporte vital de esas organizaciones, permitiendo su consolidación como tales grupos organizados y la ampliación de sus actividades ilícitas. Parece evidente, por tanto, que nos encontramos ante un círculo vicioso en el que todos los aspectos están estrechamente interrelacionados.

Desde la perspectiva político criminal todos los frentes de la lucha contra el narcotráfico son importantes: lo es la incautación de drogas y la detención de las personas que integran las redes de tráfico ilícito, pero todavía lo es más el decomiso o confiscación de sus haberes financieros, pues mientras en el primer caso las actividades de las organizaciones solo sufren una paralización temporal o

⁽¹⁵⁰⁾ Javier Alberto ZARAGOZA AGUADO, «El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación», en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1994-1, págs. 107 a 141.

momentánea, en el segundo caso, es decir, si se llegan a desarticular las arterias financieras de esos grupos, se puede conseguir la destrucción de tales organizaciones.

La preocupación que siente la comunidad internacional ante este problema queda fielmente reflejada en el Preámbulo de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988⁽¹⁵¹⁾ al afirmarse que «los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas, socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados, y que los considerables rendimientos financieros que genera permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas, y la sociedad a todos sus niveles». En el Decreto ejecutivo número PCM-024-2004, del Presidente de la República (*Gaceta* de 7/01/2005), se señala que «el lavado de activos conduce a una descomposición de las estructuras sociales, políticas y económicas que, de afirmarse en nuestro país, amenazaría la existencia misma de nuestro Estado Soberano».

Este problema al que nos enfrentamos posee hoy tales dimensiones que son necesarias nuevas respuestas de los Estados y de la comunidad internacional en todos los ámbitos: penal, financiero y en el marco de la cooperación internacional. Son de destacar, en este orden de cosas, los siguientes principios elementales:

1. El blanqueo de capitales debe combatirse principalmente con medidas de carácter penal, en el marco de la cooperación internacional entre autoridades judiciales y policiales, sin olvidar que en esta estrategia el sistema financiero puede desempeñar una función sumamente eficaz.

2. El blanqueo de capitales influye de manera manifiesta en el aumento de la delincuencia organizada en general, y del tráfico de estupefacientes en particular.

3. La utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público.

4. El blanqueo de capitales se efectúa, en general, en un contexto internacional que permite encubrir más fácilmente el origen delictivo de los fondos, por lo que las medidas adoptadas exclusivamente a escala nacional, sin tener en cuenta la coordinación y cooperación internacionales, producirían efectos muy

⁽¹⁵¹⁾ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988).

limitados.

La Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 describe en su artículo 3 las conductas constitutivas de blanqueo de capitales, distinguiendo entre aquéllas que obligatoriamente deben ser incorporadas a los ordenamientos penales nacionales y aquéllas otras cuya tipificación penal es facultativa. En el primer grupo, el artículo 3.1.b) incluye las siguientes acciones:

1. La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos en materia de narcotráfico, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

2. La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos en materia de narcotráfico o de un acto de participación en tal delito o delitos.

En el segundo grupo, el artículo 3.1.c) incluye la conducta consistente en la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos en materia de narcotráfico o de un acto de participación en tal delito o delitos.

B) Derecho positivo hondureño

En lo que concierne a Honduras, el proceso de adaptación de su legislación al Convenio de Viena culminó con la «Ley contra el delito de lavado de dinero o activos» (Decreto n.º 202/97, más tarde sustituido por el Decreto 45/2002, hoy en vigor). El legislador pretende abarcar en esta ley todos los aspectos relativos a esta materia y no sólo la tipificación del delito de lavado de dinero. Ya el artículo 1 nos adelanta que la finalidad de la ley es la represión y el castigo del delito de lavado de activos, pero también fijar medidas precautorias para asegurar la disponibilidad de los bienes, productos o instrumentos de dicho delito. Desde la perspectiva penal sustantiva, nos interesa el Capítulo III, que lleva por rúbrica «Del delito de lavado de activos» (arts. 3 a 12).

Es importante retener que las actividades tipificadas en esta ley son punibles no sólo cuando tengan su origen en la comisión de un delito de tráfico ilícito de drogas, que es el que ahora nos interesa, sino también cuando el lavado de dinero afecte a otras formas de delincuencia organizada como el tráfico de personas, tráfico de influencias, tráfico ilegal de armas, tráfico de órganos humanos, hurto o robo de

vehículos automotores, robo a instituciones financieras, estafas o fraudes financieros en las actividades públicas o privadas, secuestro, terrorismo y delitos conexos o que no tengan causa o justificación económica legal de su procedencia (arts. 1, 3 y 4 de la Ley contra el lavado de dinero).

Las dos figuras básicas del delito están tipificadas en los artículos 3 y 4, con el siguiente tenor:

El artículo 3 de la Ley contra el delito de lavado de dinero o activos sanciona, con penas de 15 a 20 años de reclusión, a quien *«por sí o por interpósita persona, adquiera, posea, administre, custodie, utilice, convierta, transfiera, traslade, oculte o impida la determinación del origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de activos, productos o instrumentos que procedan directa o indirectamente de los delitos tráfico ilícito de drogas [...] y delitos conexos o que no tengan causa o justificación económica legal de su procedencia»*.

Con las mismas penas sanciona el artículo 4 a quien *«por sí o por interpósita persona, participe en actos o contratos reales o simulados que se refieran a la adquisición, posesión transferencias o administración de bienes o valores para encubrir o simular los activos, productos o instrumentos que procedan directa o indirectamente de los delitos tráfico ilícito de drogas [...] y delitos conexos o que no tengan causa o justificación económica legal de su procedencia»*.

C) Bien jurídico protegido

Es un delito pluriofensivo. Los bienes tutelados son varios: de modo directo e inmediato se tutela el orden socioeconómico (por cuanto se dificulta la transparencia del sistema financiero y la seguridad del tráfico comercial) y la Administración de Justicia (en cuanto modalidad de encubrimiento) y, de modo indirecto, también la salud pública.

El sistema financiero se resiente por la presencia de ingentes flujos económicos que se originan al margen de aquél; al propio tiempo, la financiación ilegal de numerosas empresas y sociedades que actúan en el sector industrial y comercial, supone una grave quiebra del normal funcionamiento del mercado comercial y financiero, pues el hecho de disponer de esas fuentes de ingresos les permite competir en situación ventajosa y perjudica notablemente al resto de los operadores económicos. Dicho esto, resulta fácil entender hasta qué punto el lavado de activos cuestiona no sólo los cimientos del orden socioeconómico, sino incluso, por la importancia que la estabilidad económica tiene en el orden social y político, la propia esencia del sistema democrático.

Por otra parte, su naturaleza encubridora pone también de manifiesto que con estos comportamientos se lesiona la Administración de Justicia. Destaca, en este aspecto, la inclusión, como una de las modalidades del delito de lavado de activos, realizar cualquier acto para ocultar o impedir determinar el origen ilícito de los bienes (art. 3), y también participar en contratos para encubrir los activos.

Por último, el blanqueo o lavado de los beneficios o ganancias procedentes de esos delitos no es sino una parte de la actividad global del tráfico de drogas y de las organizaciones que a ello se dedican, las cuales necesitan de la dinámica característica del blanqueo para dar apariencia de licitud a esos beneficios, no sólo para su disfrute sino, lo que es más importante, para potenciar la organización contribuyéndose por tanto con esta conducta al auge y crecimiento de ese criminal y lucrativo negocio. En consecuencia, parece razonable concluir que el bien jurídico que se trata de proteger con el tipo en cuestión no es diferente, dejando en principio al margen los aspectos socioeconómicos del problema, del que inspira la punición de los específicos delitos de tráfico de drogas.

D) Objeto material de la acción

El objeto sobre el que recae la acción lo constituyen los «activos, productos o instrumentos» que procedan de delitos de narcotráfico u otros negocios ilícitos conexos; son expresiones que, en algunos casos se solapan, y pueden sintetizarse como toda ventaja económica derivada del delito. En efecto, por *activos* entiende el legislador los bienes de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, títulos valores, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos (art. 2, numeral 1); define como *productos* los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de los delitos tipificados esta Ley, o que carezcan de fundamento económico o soporte legal para su posesión (art. 2, numeral 11); y, entiende por *instrumentos*, las cosas u objetos utilizados o destinados para ser usados, o respecto de los que hubiere indicio que se han de utilizar de cualquier manera, total o parcialmente en la comisión de los delitos tipificados en esta Ley.

Tal amplitud conceptual y la mera exigencia de una procedencia inconcreta, posibilita la llamada *receptación sustitutiva*⁽¹⁵²⁾; es decir, que la ocultación o encubrimiento puede recaer tanto sobre los productos directos del delito como sobre las sucesivas sustituciones que en virtud del diverso tráfico económico hayan tenido

(152) Cfr. sobre este tema el trabajo de PALOMO DEL ARCO, Andrés, «Receptación y figuras afines», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1996-2, págs. 369-468.

lugar; es precisamente la receptación sustitutiva la que constituye la forma más habitual de producirse las conductas de blanqueo.

E) El tipo básico del artículo 3

a) Las acciones típicas

Según determina el artículo 3 de la Ley contra el lavado de dinero, las conductas típicas son: «adquirir, poseer, administrar, custodiar, utilizar, convertir, transferir, trasladar, ocultar o impedir» la determinación del origen, el destino, el movimiento o la propiedad de activos, productos o instrumentos que procedan directa o indirectamente de los delitos tráfico ilícito de drogas. Es un catálogo cerrado, pero muy amplio⁽¹⁵³⁾, en el que las acciones típicas a veces se solapan, de suerte que un mismo comportamiento puede participar o ser incluido en varias de ellas. Nos hallamos ante unas conductas autónomas que, por aplicación del principio de especialidad (art. 2A.1 del CP), excluyen el encubrimiento genérico previsto en el artículo 388 del Código Penal.

Pese a su farragosa y deficiente redacción, puede decirse que el precepto castiga como autor de un delito de lavado de activos a quien:

l) Adquiera, posea, administre, custodie o utilice bienes (en sentido amplio: activos, productos o instrumentos), a sabiendas o debiendo saber que proceden, directa o indirectamente, del narcotráfico u otros delitos conexos.

Adquirir quiere decir «hacer propio un derecho o una cosa»; para completar el tipo habrá que acudir a las formas de adquirir la propiedad en el Código Civil. No es necesario que la adquisición produzca un incremento patrimonial. Frecuentemente se recurre al artificio de pagar por el bien que se adquiere más de lo que cuesta realmente. Por lo demás, el resto de comportamiento comprende una gran amplitud de acciones que van, por ejemplo, desde la simple posesión de los bienes, al traslado físico de capitales de un lugar a otro, la simulación de beneficios superiores a los reales⁽¹⁵⁴⁾, la prestación de servicios inexistentes o sobrevalorados⁽¹⁵⁵⁾, etc.

(153) Muy útil al respecto es la monografía elaborada por Juan Manuel PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Edersa, Madrid, 2000.

(154) Operación que se lleva a cabo normalmente en negocios que operan con caja y sin facturas. Diariamente se incluye en la caja una cantidad de dinero de origen delictivo para declarar luego que ese dinero se ha obtenido en el ejercicio ordinario del negocio en cuestión. Se tributará a Hacienda por ese dinero, aparentando un origen lícito. Puede emplearse también esta técnica con negocios que facturen expidiendo facturas falsas.

II) Convierta, transfiera o traslade bienes (en sentido amplio: activos, productos o instrumentos), con conocimiento o debiendo conocer que proceden, directa o indirectamente, del narcotráfico u otros delitos conexos.

Convertir quiere decir «mudar o volver una cosa en otra», es decir, transformar una cosa en otra, sustituir una cosa por otra, para hacer desaparecer la que tenía su origen en el delito de narcotráfico y traer en su lugar otra, total o parcialmente, distinta de origen completamente lícito o aparentemente lícito. No es preciso que la conversión se haga necesariamente por un bien de diferente naturaleza. Cabe, por tanto, que el delito se cometa, por ejemplo, cuando se produzca la conversión de dinero en *asiento contable, mediante ingreso en cuenta corriente* (STS de 21 de enero de 1993, 27 de diciembre de 1993), o *activos financieros* (STS de 15 de abril de 1998). También supone «conversión» de un bien en otro, aunque mantenga idéntica naturaleza la transformación de un asiento contable en otro asiento contable, la conversión de una moneda en otra distinta, de una joya en otra, etc.

Transferir significa «pasar o llevar una cosa desde un lugar a otro» y también, «remitir fondos bancarios de una cuenta a otra». Además, es sinónimo de transmitir y este verbo significa enajenar, ceder o dejar a otro un derecho u otra cosa, tanto a título oneroso como lucrativo⁽¹⁵⁶⁾. Trasladar es cambiar una cosa de lugar, por lo que viene a tener el mismo contenido que transmitir, en su primera acepción.

III) Oculte o impida la determinación del origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de activos, productos o instrumentos que procedan, directa o indirectamente, de los delitos tráfico ilícito de drogas u otros delitos conexos. Se incorporan aquí tres tipos de conductas que deben considerarse lavado de dinero:

(155) Una empresa (A) dedicada a actividades legales encarga a otra (B) la elaboración de un informe. Ésta última, que opera en el lavado de dinero, le ofrece a la primera la posibilidad de obtener el informe de manera gratuita. Para ello, la empresa (B) que va a elaborar el informe, pone a disposición de la empresa (A) el dinero con que pagarlo. De este modo la empresa (B) que realiza el informe consigue blanquear ese dinero procedente de operaciones de narcotráfico pues lo recibe, de cara al exterior, como pago que le efectúa, por la elaboración de un informe, una empresa completamente legal.

(156) Por ejemplo: Empresas de la organización encargan la prestación de servicios a otras empresas constituidas por la propia organización. Los servicios nunca se llegan a prestar o se sobrevaloran. El dinero pagado por los mismos (transmitido), de origen delictivo, es el capital que se blanquea.

1.^a Comportamientos que tratan de *crear la apariencia de que los bienes no proceden de un delito* (ocultación o impedimento para determinar el origen del bien). El «origen» se entiende aquí como «procedencia o naturaleza o delictiva», de manera que la ocultación o impedimento vendría referida al origen delictivo de los bienes, dándoles la apariencia de haber sido legalmente conseguidos.

2.^a Comportamientos que tratan de *impedir o dificultar la localización de un bien de procedencia delictiva* (ocultación o impedimento para determinar la ubicación, destino y movimientos del bien). La ubicación es la situación de los bienes, su localización, el lugar en que se encuentran; pero no sólo es el lugar o espacio físico (ello supondría una limitación excesiva del tipo a determinados bienes y supuestos)⁽¹⁵⁷⁾. El destino, en el curso de un proceso de movimiento, es la meta o punto físico de llegada; también es el fin a cuya satisfacción se aplica o afecta una cosa. Por movimiento hay que entender el proceso o curso de traslado de los bienes de un lugar a otro; el hecho en sí de su desplazamiento. Es éste un concepto más amplio que el de «origen» y «destino», que no son sino los puntos de partida y llegada de ese movimiento.

3.^a Comportamientos que tratan de *evitar el comiso del bien de origen delictivo*, ocultando o impidiendo determinar no ya el propio bien, sino la propiedad o los derechos sobre ese bien⁽¹⁵⁸⁾.

En cualquiera de estos casos se trata de la llamada segunda fase de la legitimación de capitales: aquélla en la que se persigue encubrir la previa transformación o sustitución de los bienes ilícitamente obtenidos.

Por lo que atañe a la prueba en los delitos de blanqueo, será prácticamente imposible la existencia de prueba directa, dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de «lavado» del dinero procedente de aquella, por lo que la prueba

(157) Así, cuando se trata de dinero que se transfiere de un lugar a otro a través de un banco, el dinero permanece físicamente en el lugar de origen. La transferencia tiene lugar a través de un sistema de anotaciones en cuenta y compensaciones. Aquí, ocultar impedir determinar la ubicación de ese dinero significa omitir toda referencia o proporcionar referencias falsas tanto sobre el lugar en que el bien se encuentra físicamente o mediante la anotación contable.

(158) En su redacción anterior, la Ley contra el lavado de dinero (Decreto núm. 202/97), se refería a la ocultación de la «propiedad de bienes o derechos relativos a tales bienes». Estaba entonces de sobra aludir expresamente a la propiedad, como si no fuera uno de los derechos relativos a tales bienes; y, además, ocultar quién era el titular del derecho a la posesión de los mismos podía incluirse en el tipo. Con su nueva redacción, el comportamiento punible se limita, exclusivamente, a ocultar o impedir determinar quién es el propietario de los bienes.

indirecta será la más usual (STS 1637/1999, de 10 de enero). Su utilidad en estos supuestos ha sido expresamente reconocida por el artículo 3.3 de la Convención de Viena de 1988, en cuanto previene de la legalidad de la prueba indiciaria para obtener el juicio de certeza sobre el conocimiento, intención o finalidad requeridos como elemento de los delitos de blanqueo de dinero.

La STS 266/2005, de 1 de marzo, enumera, como indicios más frecuentes en estos casos los siguientes: a) en primer lugar en el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; b) en segundo lugar en la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y, c) en tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas.

b) Elemento intencional

No se utiliza, en la definición de los tipos del artículo 3, elemento alguno de índole subjetiva o intencional. No parece importar la finalidad con la que se ejecuten tales conductas⁽¹⁵⁹⁾. Del tenor literal de la norma resulta que el legislador hondureño las ha sancionado en todo caso; aunque no se lleven a cabo con intención de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes. La irrelevancia del ánimo en el artículo 3 contrasta con la exigencia de que los comportamientos típicos del artículo 4 sean «para encubrir o simular» los activos, productos o instrumentos que procedan directa o indirectamente de los delitos tráfico ilícito de drogas.

Cabe pensar, no obstante, que las conductas relativas a convertir y transferir bienes, así como las de ocultar o impedir la determinación del origen, ubicación, etc., de los bienes procedentes del delito, sólo pueden tener, cabalmente, la finalidad de encubrir su origen ilícito. Precisamente, en el Convenio de Viena se establece expresamente, como elemento subjetivo del injusto, en cuanto a la «conversión» y la «transferencia» de bienes, que ello se haga «con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delitos o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones» [artículo 3.1.b).i)]. No aparece ese mismo elemento tendencial en lo relativo a la «adquisición», «posesión» y «utilización» [artículo 3.1.c).i) del Convenio de Viena].

⁽¹⁵⁹⁾ La finalidad es indiferente: eludir el pago de tributos, perjudicar a un tercero u ocultar el bien. El orden socioeconómico se vería afectado de todos modos al recibir el flujo monetario del dinero o bienes ilícitamente obtenidos. Cfr. VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte especial*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 517.

c) El conocimiento del origen ilícito

El autor ha de conocer la procedencia ilícita de los bienes (en nuestro caso, del narcotráfico). Desde luego, no bastarán las simples sospechas, sino que será preciso que el sujeto tenga certidumbre de ese origen delictivo, si bien no es necesario el conocimiento de la infracción precedente en todos sus pormenores o con todo detalle (STS 1070/2003, de 22 de julio). Se exige dolo, habiéndose admitido el dolo eventual como forma de culpabilidad (SSTS 1070/2003, de 22 de julio y 2545/2001, de 4 de enero).

El elemento intelectual del dolo exigido para poder estimar realizado el tipo de cualquiera de las modalidades de lavado de dinero es, por consiguiente, un conocimiento no pormenorizado del ilícito penal del que proceden los efectos recibidos que se corresponde con lo que habitualmente se entiende como «valoración paralela en la esfera del profano». No implica, pues, un «saber» como el que podría derivarse de la observación científica de un fenómeno, o de la implicación directa, en calidad de protagonista, en alguna realización; sino conocimiento práctico, del que se tiene por razón de experiencia y que permite representarse algo como lo más probable en la situación dada. Es el que, normalmente, en las relaciones de la vida diaria permite a un sujeto discriminar, establecer diferencias, orientar su comportamiento, saber a que atenerse respecto de alguien (STS 2545/2001, de 4 de enero).

Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (entre otras muchas, SSTS de 27/01/1992, 20/02/1992, 12/04/1992, 22/04/1992, 17/10/1992, 30/11/1992, 23/04/1993, 9/06/1993 y 9/07/1993) concluye que no se exige una noticia cabal, exacta y completa del hecho delictivo previo sino un estado anímico de certeza, y que el conocimiento no es necesario que se extienda a otras particularidades o circunstancias de fecha, forma o lugar de comisión, bastando que lo sea el hecho delictivo en abstracto pudiendo ser inferido, al faltar normalmente la prueba directa, de datos externos y objetivos acreditados conforme a la prueba de indiciaria o de presunciones.

¿A partir de qué elementos puede llegar el Tribunal a la conclusión de que la actuación del acusado por delito de lavado de dinero ha estado acompañada del indicado elemento subjetivo de naturaleza cognoscitiva? En la práctica no será frecuente que exista prueba directa de este conocimiento, por lo que la prueba indirecta (indicios) será la más usual. Y, al respecto, no está de más recordar que el artículo 3.3 de la Convención de Viena dispone que «el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo [entre los que está el blanqueo de dinero], podrán inferirse de las

circunstancias objetivas del caso».

Como elementos indiciarios será necesario valorar, entre otros datos, la utilización de identidades supuestas, la inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero, la utilización de testaferros sin disponibilidad económica real sobre los bienes, la vinculación con sociedades ficticias o carentes de actividad económica alguna, muy especialmente si radican en países conceptuados como paraísos fiscales, la realización de alteraciones documentales, el fraccionamiento de ingresos en depósitos bancarios para disimular su cuantía, la disposición de elevadas cantidades de dinero en efectivo sin origen conocido, y en definitiva cualesquiera otras circunstancias concurrentes en la ejecución de tales operaciones que sean susceptibles de ser calificadas como irregulares o atípicas desde una perspectiva financiera y mercantil (ver SSTS de 23 mayo 1997, 15 de abril de 1998).

E) El tipo básico del artículo 4

a) Los elementos del tipo

a) Acciones típicas y elemento intencional. El artículo 4 de la Ley contra el lavado de dinero, sanciona también con reclusión de 15 a 20 años, a quien, por sí o por interpósita persona: «participe» en actos o contratos reales o simulados que se refieran a la adquisición, posesión transferencias o administración de bienes o valores para encubrir o simular los activos, productos o instrumentos que procedan directa o indirectamente de los delitos tráficos ilícito de drogas y delitos conexos.

La participación en estos actos o contratos puede ser muy diversa, desde la típica actuación como testaferro, hasta el asesoramiento, la mediación, la documentación, etc. Basta tomar parte o intervenir en ellos mediante alguna actuación relevante para la realización del acto o del contrato; eso sí, con la intención de encubrir o simular la procedencia ilícita de bienes que procedan del narcotráfico.

b) Conocimiento del origen ilícito. Elemento común a todas las modalidades delictivas contenidas en este artículo, es la necesidad de que el sujeto activo de las mismas conozca la ilícita procedencia de los bienes que, mediante el acto o contrato en el que participa, se pretenden encubrir. Sobre el contenido y alcance de dicho conocimiento, es válido lo expuesto respecto del tipo penal del artículo 3.

F) El tipo culposo del artículo 11

El artículo 11 de la Ley contra el delito de lavado de activos, dispone: «*Quien*

por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes o reglamentos en el ejercicio de sus funciones permita que se cometa el delito de lavado de activo, se le sancionará con dos (2) años a cinco (5) años de reclusión».

La mayoría de la doctrina española justifica la incriminación de la modalidad culposa, por cuanto va dirigida a todas aquellas personas que por los conocimientos especiales que poseen en su profesión, se hallan en una especial posición de deber. Y muy específicamente a las que trabajan en el mundo de las finanzas. Con ello se pretende que comprueben la identidad real del titular del patrimonio. Sin esta incriminación se haría francamente difícil su persecución⁽¹⁶⁰⁾. ZARAGOZA AGUADO, afirma que con esta figura culposa se vislumbra la posibilidad de que los directivos o empleados de entidades financieras respondan penalmente en caso de incumplimiento de las obligaciones y normas de actuación que deben adoptar al objeto de prevenir la utilización del sistema financiero como habitual instrumento para el blanqueo de fondos de origen criminal, siempre que ese incumplimiento o falta de diligencia haya facilitado la ocultación, conversión, transferencia o utilización de bienes procedentes de actividades de narcotráfico⁽¹⁶¹⁾.

Para satisfacer las exigencias del tipo no bastará el simple descuido o negligencia. Habrá de exigirse una imprudencia grave. Así, no todo incumplimiento de los deberes y obligaciones legalmente establecidos daría lugar a generar responsabilidad criminal. Desde luego, sí podrían generar esta responsabilidad el incumplimiento de obligaciones básicas y elementales previstas en la Ley contra el lavado de dinero, tales como la identificación de los clientes y el mantenimiento de registros (arts. 27 y ss.), la comunicación de las transacciones atípicas a la Unidad de Información Financiera (arts. 37 y ss.), etc.; obligaciones que incumben no solo a las instituciones financieras supervisadas por la Comisión Nacional de Bancos y Seguros (tales como bancos, sociedades financieras de ahorro y préstamos, almacenes generales de depósito, bolsas de valores, etc., enumeradas en el numeral 13 del artículo 2), sino también a las personas naturales o jurídicas que realicen operaciones de ahorro y préstamo, operaciones sistemáticas o sustanciales en cheques u otros títulos valores, operaciones en casinos y establecimientos de juego, y demás especificadas en el artículo 43.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, op. cit., pág. 519.

⁽¹⁶¹⁾ Javier Alberto ZARAGOZA AGUADO, *Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, obra colectiva coordinada por Ignacio Serrano Butragueño, Comares, Granada, 1998, pág. 1424.

G) Los otros tipos penales en relación con el lavado de activos

a) Tipo agravado por la cualidad del agente

Los servidores públicos, que valiéndose de sus cargos, participen, faciliten o se beneficien en el desarrollo de las actividades delictivas tipificadas en esta Ley, serán sancionados con la pena establecida en el artículo 3 de esta Ley, aumentada en un tercio (1/3) y la inhabilitación definitiva en el ejercicio de su cargo (art. 7).

El concepto de «servidor público» podemos tomarlo del artículo 2 de la Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos (Decreto 301/1993) que, al delimitar el ámbito de aplicación subjetivo de la misma, incluye dicha Ley a los funcionarios y empleados que presten servicios remunerados en cualquiera de los Poderes del Estado, sus Organismos, Dependencias, Establecimientos e Instituciones centralizadas, autónomas, semiautónomas o de cualquier otro tipo. Comprende además, a toda persona natural o jurídica que perciba sueldos, o maneje bienes y fondos del Estado, o decida sobre pagos o inversión de fondos públicos.

El tipo agravado del artículo 7 de la Ley contra el delito de lavado de activos se aplicará a los representantes legales de las personas jurídicas que en confabulación con las personas anteriormente mencionadas hayan participado en la comisión de este delito.

b) Tipificación autónoma de la asociación para cometer el delito

El artículo 10 determina que *«quienes se asocien o confabulen para cometer el delito tipificado en la presente Ley, serán sancionados por ese solo hecho, con seis (6) años a diez (10) años de reclusión»*.

Estamos ante un tipo autónomo, pues se aplicará además del correspondiente al delito de lavado de activos, en concurso real con él (tal es lo que quieren decir los términos «por ese solo hecho»). Para fijar los términos asociación y confabulación han de exigirse unos requisitos mínimos que bien puede ser los expresados en otro momento respecto del término «organización»: estabilidad, jerarquización y/o distribución de papeles.

Este tipo se agrava respecto a los promotores, jefes y dirigentes de la asociación o confabulación ilícita para cometer los delitos tipificados en esta Ley, a quienes se les sancionará con diez (10) años a quince (15) años de reclusión.

H) Penas aplicables

a) *Tentativa y complicidad*

El artículo 8 dispone que al autor de tentativa y al cómplice del autor de delito consumado de lavado de activo, se les sancione con la pena señalada en el artículo 3 de esta Ley, disminuida en un tercio (1/3). Al cómplice del autor de tentativa se le sancionará con la pena principal rebajada en dos tercios (2/3).

No se comprende la razón de reiterar innecesariamente aquí lo que es una regla general en el Código Penal respecto de la aplicación de las penas en función del grado de ejecución del delito (tentativa) y de la participación (complicidad) en el mismo: «Al autor de una tentativa y el cómplice de un delito consumado, se sancionarán con la pena aplicable al autor del delito consumado rebajada en un tercio» (art. 66 del CP).

La única diferencia que justifica la existencia de este precepto, y a lo que debería limitarse el mismo para evitar enojosas repeticiones, es la penalidad aplicable al cómplice del delito en grado de tentativa: frente a la regla general del artículo 67 del CP que prevé una rebaja «de cuatro a cinco sextas partes la pena aplicable al autor de delito consumado» (dicho de otro modo: de 2/3 a 5/6), cuando el delito es el lavado de activos la rebaja aplicable al cómplice de tentativa es de sólo dos tercios (2/3).

b) *Encubrimiento*

El encubrimiento es tratado por el Código Penal como un delito autónomo dentro de los delitos contra la Administración Pública (arts. 388 y 389 del CP), con pena de 3 a 5 años de reclusión; pena que se aumentará en un tercio si el encubrimiento se ejecuta con ánimo de lucro, y en un cincuenta por ciento (50%) si el encubridor lo es en forma habitual.

Cuando el encubrimiento lo es respecto de quien ha cometido el delito de lavado de activos, el encubridor será castigado, en todo caso, con la pena prevista para el autor rebajada en un tercio (1/3), tal y como dispone el artículo 9 de la Ley contra el delito de lavado de activos. No hubiera estado de más mantener los tipos agravados del encubrimiento: el realizado con ánimo de lucro y el habitual, con los consiguientes incrementos de pena. La dicción categórica del artículo 9 de la Ley especial excluye la aplicación de lo dispuesto sobre tipologías agravadas por el artículo 388 del CP.

Naturalmente, es de aplicación la excusa absolutoria del artículo 389 del CP,

respecto de quienes sean encubridores de su cónyuge o de la persona con quien hacen vida marital, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, salvo que se hayan aprovechado por si mismos o hayan auxiliado personalmente a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito.

c) Empresas implicadas

El artículo 12 de la Ley contra el delito de lavado de activos prevé la imposición de determinadas sanciones a las empresas que participen en el blanqueo de capitales, con independencia de la responsabilidad penal de sus directivos, gerentes o administradores:

1. Cuando el hecho se cometa por primera vez, las empresas implicadas en el delito de lavado de activos serán sancionadas con multa del cien por ciento (100%) del monto de lo lavado.

2. Cuando constituya práctica institucional de una empresa la perpetración o facilitación del lavado de activos, se sancionará a la persona jurídica con el cierre definitivo y multa del cien por ciento (100%) del monto de lo lavado.

II. DELITOS AMBIENTALES

El Título V-A del Código Penal (arts. 191-A a 191-D) se configuró bajo la rúbrica «Delitos contra el medio ambiente». Bien poco duró su vigencia (desde el 28 de febrero de 1997 hasta el 10 de junio del mismo año, en que fueron derogados por el Decreto n.º 59-1997). En la actualidad, la protección penal del medio ambiente se encuentra en la Ley General del Ambiente (1993) y en su Reglamento (Acuerdo 109-1993).

LEY GENERAL DEL AMBIENTE

Título VI INFRACCIONES

(...)

Capítulo II DELITOS AMBIENTALES

Artículo 92. Constituyen delitos ambientales:

a) Expeler o descargar en la atmósfera contaminantes activos o potencialmente peligrosos, cuyo uso esté prohibido o que no haya sido objeto de los tratamientos prescritos en las normas técnicas aplicables, que causen o puedan causar la muerte de una o más personas o graves daños a la salud humana o al ecosistema;

b) Descargar contaminantes peligrosos cuyo uso esté prohibido o sin su previo tratamiento, en los mares de jurisdicción nacional, incluyendo la zona marítimo-terrestre, en los cursos o depósitos de aguas continentales o subterráneas, incluyendo los sistemas de abastecimiento de agua a poblaciones, o infiltrar en el suelo o subsuelo aguas residuales o desechos con las mismas características de las indicadas, que causen o puedan causar muerte de una o más personas, o grave daño a la salud humana o al ecosistema en general;

c) Fabricar, almacenar, importar, comerciar, transportar, usar o disponer sin observar lo dispuesto en las disposiciones legales sobre la materia, sustancias o productos tóxicos o contaminantes que causen o puedan causar riesgo o peligro grave a la salud pública o al ecosistema en general; y,

ch) Contaminar o permitir la contaminación de alimentos y bebidas.

La acción debe dirigirse contra el responsable directo del delito cometido y deben tomarse en cuenta los casos de fuerza mayor o caso fortuito.

Artículo 93. La comisión de los delitos tipificados en los literales a) y b) del artículo anterior, serán sancionados, además de la pena por el delito específico que se cometiere como resultado de la acción u omisión, con pena de reclusión de tres (3) a diez (10), años, pudiendo imponerse a la vez las sanciones establecidas en los incisos c), d), e), f), y g), del artículo 87 de esta Ley.

Artículo 94. La comisión de los delitos tipificados en los literales c) y ch) del artículo 92, además de la pena específica por el delito que se cometiere como resultado de la acción u omisión, será sancionado con pena de

reclusión, de uno (1) a cinco (5) años, pudiendo imponerse a la vez las sanciones establecidas en los incisos c), ch), d), f) y g), del artículo 87 de esta Ley.

Artículo 95. Las leyes sectoriales que regulen la ordenación de los recursos naturales u otras actividades potencialmente contaminantes, podrán tipificar otras infracciones constitutivas de delito.

SUMARIO: 1. BIEN JURÍDICO. 2. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS. A) Contaminación ambiental. a) Objeto material y acciones típicas. b) Ley penal en blanco: adecuación al principio de legalidad material. c) Delito de peligro. d) Delito permanente. e) Penalidad. B) Actividades mercantiles relacionadas con sustancias contaminantes sin observar las disposiciones legales. C) Contaminar o permitir la contaminación de alimentos y bebidas.

1. BIEN JURÍDICO

La protección del medio ambiente responde al mandato constitucional del artículo 145.III: «El Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas». Pero, mientras que la Constitución relaciona la conservación del medio ambiente tan solo con la protección de la salud de las personas, la Ley General del Ambiente (en adelante LGA) tiene en consideración, además, la protección del ecosistema en general⁽¹⁶²⁾, esto es, también la flora y la fauna, y el entorno ambiental (agua, aire, suelo) en el que se desarrollan.

El medio ambiente debe protegerse de la explotación irracional de los recursos naturales que lo componen y, al mismo tiempo, de su uso degradante como lugar de inmisión (del latín *immissio*, *-onis*, acción de echar adentro) de residuos sólidos, líquidos y gaseosos. Dicho de otro modo: tan perjudicial es para el medio ambiente el abusivo uso o extracción de recursos (minerales, vegetales o animales; renovables o no renovables) cuanto su contaminación al emitir residuos. Sin embargo, la protección penal del ambiente se ha quedado corta; ha sido parcial e insuficiente, en cuanto que solo se refiere a los problemas de contaminación, sin preocuparse del inmenso orbe de la explotación irracional de los recursos naturales que se deja tímidamente en el campo de los ilícitos administrativos [p. ej., el art. 96, literal ch) de la LGA considera infracción administrativa «cazar o capturar con fines comerciales especies protegidas de la fauna silvestre o cazar especies en época de veda, así como sus productos y sub-productos»] y en la posibilidad de que «las leyes

⁽¹⁶²⁾ Ecosistema es la comunidad de los seres vivos cuyos procesos vitales se relacionan entre sí y se desarrollan en función de los factores físicos de un mismo ambiente.

sectoriales que regulen la ordenación de los recursos naturales u otras actividades potencialmente contaminantes, tipifiquen otras infracciones constitutivas de delito» (véase el art. 95 de la LGA).

2. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Las acciones típicas de los literales a) y b) se refieren a la contaminación ambiental: de la atmósfera, de las aguas y del suelo. Son elementos o requisitos comunes a estos delitos: a) una conducta consistente en realizar emisiones o vertidos de cualquier clase (gases, líquidos o sólidos) en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas; b) que dicha conducta suponga una contravención sobre la prohibición de uso de determinados contaminantes o sobre su tratamiento según lo prescrito en las normas técnicas aplicables; y c) que dicha conducta ponga en peligro grave la salud de las personas, o pueda perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o al ecosistema en general.

Los literales c) y ch) castigan, respectivamente, las actividades mercantiles relacionadas con sustancias contaminantes sin observar las disposiciones legales al respecto y la contaminación de alimentos y bebidas.

En cualquier caso, la acción para perseguir estos delitos es pública (art. 90 de la LGA y 25 del CPP). Debe dirigirse contra el responsable directo del delito cometido (es decir, contra los autores del art. 32 del CP, excluyendo así el legislador a los cómplices del art. 33 del CP) y deben tomarse en cuenta los casos de fuerza mayor o caso fortuito (art. 92, último párrafo, de la LGA). El artículo 105 del Reglamento de la LGA define los términos «responsable directo» y nos dice que se entenderá por tal a «quien ordene o participe en la ejecución de delitos ambientales, intelectual o materialmente».

A) Contaminación ambiental

a) *Objeto material y acciones típicas*

El objeto material de la contaminación ambiental abarca la atmósfera, los acuíferos en general, el suelo y el subsuelo.

a) *Contaminación atmosférica.* La acción típica del artículo 92, literal a), de la LGA consiste en «expeler o descargar» en la atmósfera. Los verbos son claros: se trata de deshacerse de sustancias contaminantes (en estado gaseoso), arrojándolas

a la atmósfera⁽¹⁶³⁾.

b) Contaminación acuífera. El literal b) del artículo 92 de la LGA castiga a quienes «descarguen» en los acuíferos contaminantes peligrosos. Descargar equivale a «quitar o aliviar la carga», a «desaguar», o a «realizar vertidos». En este caso, las sustancias contaminantes son arrojadas a los acuíferos, cualquiera que sea su clase, del territorio hondureño: mares de jurisdicción nacional, incluyendo la zona marítimo-terrestre (arts. 11 y 12 de la Constitución), en los cursos o depósitos de aguas continentales o subterráneas, incluyendo los sistemas de abastecimiento de agua a poblaciones.

c) Contaminación de suelo y subsuelo. En el mismo literal b) del artículo 92 de la LGA se castiga la acción de «infiltrar en el suelo o subsuelo aguas residuales o desechos». Infiltrar consiste en «introducir un líquido entre los poros de un sólido». En definitiva se trata de arrojar vertidos contaminantes, de manera que se introduzcan en el suelo o en el subsuelo.

b) Ley penal en blanco: adecuación al principio de legalidad material

El vertido de contaminantes peligrosos, en cualquiera de sus modalidades, solo es delito cuando su uso «esté prohibido» o cuando «no hayan sido objeto de los tratamientos prescritos en las normas técnicas aplicables». Como se ve, el legislador se remite a otros textos legales para determinar los contaminantes que están prohibidos y los tratamientos técnicos aplicables para poder verter los no prohibidos. Se emplea aquí la técnica de las leyes en blanco. El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre esta técnica en las SSTC 127/1990 y 62/1994, señalando que no se vulnera el principio de legalidad, «siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido; que la ley además de señalar la pena contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, de suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada».

⁽¹⁶³⁾ La atmósfera es una capa de gas que envuelve a la Tierra. En ella pueden distinguirse varios niveles, siendo los más importantes los dos más próximos a la superficie terrestre: 1) La *troposfera* es la capa más cercana al suelo (hasta una altura de 11 kilómetros); es donde se generan los fenómenos meteorológicos (lluvias, tormentas, ciclones, etc.) y en su parte inferior –la que está en contacto con la superficie terrestre– se desarrolla la vida. 2) La *estratosfera* se sitúa inmediatamente encima de la troposfera (hasta una altura de 50 kilómetros); su importancia se debe a que en ella se encuentra el ozono, de enorme importancia para la vida en nuestro planeta ya que actúa como filtro de determinadas radiaciones solares (rayos ultravioleta).

Recordemos que el principio de legalidad, en su vertiente material, de alcance absoluto, representa una concreción del principio de seguridad y se traduce en la ineludible exigencia de una precisa predeterminación normativa, tanto de las infracciones (conductas delictivas) como de las sanciones: *lex scripta*, *lex certa* y *lex praevia*. La norma penal, desde una concepción más profunda de la legalidad o «legislación», debe ser concreta y precisa, clara e inteligible, sin proclividad alguna a la incertidumbre, lo que se suele llamar *lex certa* y también académicamente, «taxatividad» sin que sean admisibles formulaciones tan abiertas, por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (STC 105/1988).

En consonancia con ello, es de apreciar que el artículo 92 de la LGA, reúne los requisitos de *lex praevia*, *certa* y *scripta* exigidos por el principio de legalidad, puesto que formula una remisión expresa y completa a normas específicas (las normas técnicas aplicables sobre prohibición de uso o sobre tratamiento de contaminantes) y define el núcleo esencial de las conductas prohibidas (expeler, descargar o infiltrar, en la atmósfera, en las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, en el suelo o en el subsuelo, contaminantes activos o potencialmente peligrosos, que causen o puedan causar la muerte de una o más personas o graves daños a la salud humana o al ecosistema), remitiéndose solamente para completar los tipos a una circunstancia: la de que aquellos contaminantes sean de «uso prohibido» o que «no hayan sido objeto de los tratamientos prescritos en las normas técnicas aplicables», con lo cual queda definido asimismo de modo suficiente este elemento, consistente en una infracción administrativa de las normas que tengan aquella finalidad.

c) Delito de peligro

Su configuración, pese a la equívoca redacción del tipo, es la de un delito de peligro. Recuérdese que los delitos de peligro se diferencian de los delitos de lesión en que éstos requieren un efectivo daño del bien jurídico, mientras que los primeros tan solo la probabilidad del mismo. En los delitos que nos ocupan, aunque se recoja la eventual lesión de bienes jurídicos como resultado de la acción («causar» la muerte de alguna persona o graves daños a la salud humana o al ecosistema), en realidad basta con que los contaminantes arrojados o vertidos (a la atmósferas, aguas, suelo o subsuelo) sean «potencialmente peligrosos» y basta también con que «puedan» causar la muerte de alguna persona o graves daños a la salud humana o al ecosistema. No se exige, por tanto, que necesariamente se produzca un resultado lesivo. Si éste llegara a producirse, no quedaría absorbido por el delito contra el medio ambiente (art. 2-A.3 del CP), sino que se penaría separadamente (con nitidez lo expone el art. 93 de la LGA). El Tribunal Supremo español, en su STS 538/1992, de 11 de marzo, lo explica así: «Si el peligro o el posible perjuicio se actualizan

estaremos ya ante delitos de lesión que se castigarán separadamente, en tanto que el delito de riesgo tiene un alcance colectivo y el de lesión o resultado un alcance individual o específico (daños, lesiones, etc.)».

Sobre la polémica relativa a si estamos ante un delito de peligro abstracto o de peligro concreto, la STS 1148/2004, de 25 de mayo, zanja la cuestión señalando que, en realidad, estamos ante un «delito de peligro hipotético», cuyo alcance explica del siguiente tenor:

En el tratamiento de este problema, la más reciente jurisprudencia (véase, entre otras, la sentencia de esta Sala de 1 de abril de 2003) ha calificado el tipo delictivo del artículo 325 del Código Penal vigente, no como un delito de peligro concreto ni tampoco abstracto «estricto sensu», sino como un delito de peligro hipotético, no siendo bastante constatar la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa, lo que significa que habrá que analizar, no sólo la composición y peligrosidad de los vertidos (administrativamente prohibidos), sino también si tales vertidos hubieran podido tener importantes efectos nocivos sobre el cauce del río y su caudal. O lo que es lo mismo, lo que debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta para poderla incardinar en el mencionado tipo delictivo.

El peligro consiste en que los vertidos «causen o puedan causar la muerte de una o más personas o grave daño a la salud humana o al ecosistema». La utilización de los términos «grave daño», de contornos difusos, obliga a una concreción judicial caso por caso para determinar si estamos ante un delito o, simplemente, ante una infracción administrativa (cuando el peligro lo sea de daños leves). La STS 538/1992, de 11 de marzo, al referirse al perjuicio grave o al daño grave, nos dice:

En sentido semántico grave es aquello que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas. Ello implica un juicio de valor y, por lo mismo, es eminentemente circunstancial. Pero en el caso de que tratamos, para que no quede todo en pura apreciación subjetiva con lo que ello tiene siempre de inseguridad jurídica, habrá que acudir como puntos de referencia a los propios parámetros del tipo. [...] Para encontrar el tipo medio de gravedad al que se refiere habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas (incluida la calidad de vida por exigencia constitucional) como las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que incluyen, por tanto, la gea, la fauna, y la flora puestas en peligro, forman las dos que pueden actuarse tanto por emisiones como por inmisiones (vertidos).

La gravedad del riesgo producido es la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo (art. 96 de la LGA y arts. 108 y ss. del RLGA) y el ilícito penal ya que el artículo 92 de la LGA exige que las conductas tipificadas «causen o puedan causar la muerte de una o más personas o graves daños a la salud humana o al ecosistema». La delimitación entre los delitos de las infracciones administrativas viene determinada, pues, por la gravedad del riesgo producido, lo que exige una área de concreción que la jurisprudencia vendrá realizando caso por caso dado su carácter eminentemente circunstancial, siendo

decisivos los informes periciales.

d) Delito permanente

La descarga de contaminantes es, normalmente, una conducta que se prolonga en el tiempo y que integra un único delito de los llamados «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)⁽¹⁶⁴⁾. En lo relativo al delito ecológico, tal y como indica la STS 833/2002, de 2 de junio de 2003:

Los atentados ecológicos se producen, por regla general, por actos u omisiones repetidos, que la doctrina incluye en los denominados delitos de acumulación. Cuando se trata de uno de los supuestos más frecuentes y característicos, como son los vertidos contaminantes del medio ambiente (o la emisión de humos o de ruidos), no suelen producirse por un único vertido sino por la acumulación de varias conductas que, por su «repetición acumulativa» –como se dijera en la sentencia de 30 de noviembre de 1990– producen el riesgo grave exigido por el tipo.

Es lo ocurrido en este caso sin tener que acudir a la técnica del delito continuado, normalmente rechazada por la doctrina de esta Sala, como en la sentencia de 12 de diciembre de 2000, que prefiere la caracterización de lo que un sector de la doctrina llama tipos que incluyen conceptos globales, que abarcan una pluralidad que se integra en un solo delito de efectos permanentes.

e) Penalidad

Del artículo 93 de la LGA se infieren tres aspectos penológicos aplicables a estos delitos⁽¹⁶⁵⁾:

⁽¹⁶⁴⁾ Por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha 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), «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 y 23 de junio de 2000). También la *pertenencia a banda armada*, «cuya antijuridicidad se prolonga durante el tiempo de permanencia» (STS de 31 de enero de 2000). El *delito contra la salud pública* (AATS de 18 de febrero de 1998, 13 de octubre de 1999, 1 de diciembre de 1999). 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). Y, sin ánimo exhaustivo, el delito de *conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas* «en cuanto se consume con el comienzo del viaje y no concluye mientras dura la conducción bajo la influencia del alcohol» (ATS de 12 de febrero de 1999).

⁽¹⁶⁵⁾ También el artículo 106 del Reglamento de la LGA prevé que estos delitos serán sancionados con pena de reclusión de tres (3) a diez (10) años, sin perjuicio de la pena que estuviera establecida para el delito específico que se cometiere como resultado de la acción u omisión. En este caso, se podrán imponer, además, las sanciones de clausura definitiva, decomiso, cancelación o revocación, indemnización y reposición o restitución.

1) Los resultados dañosos para la salud de las personas o para el ecosistema se penarán separadamente del delito (de peligro) de contaminación ambiental. No se producirá un concurso de leyes (art. 2-A del CP), sino un concurso de delitos (art. 36 del CP).

2) La pena principal será la reclusión de 3 a 10 años.

3) La anterior pena vendrá acompañada de las siguientes sanciones accesorias, previstas en el artículo 87 de la LGA:

3.1) Clausura definitiva, total o parcial, de actividades o instalaciones, si la actividad contamina y perjudica la salud humana o el medio ambiente más allá de los límites establecidos en los reglamentos y normas técnicas.

3.2) Decomiso de las artes e instrumentos utilizados en la comisión del delito e infracción.

3.3) Cancelación o revocación de autorizaciones generales o beneficios económicos o fiscales concedidos por las autoridades públicas.

3.4) Indemnización al Estado o a terceros por los daños y perjuicios ocasionados al ambiente y a los recursos naturales.

3.5) Reposición o restitución de las cosas y objetos afectados a su ser y estado naturales, si fuera posible.

El artículo 93 de la LGA parece configurar estas sanciones como facultativas cuando utiliza los términos «*pudiendo imponerse a la vez*»; en cambio, el artículo 87 de la misma LGA las establece como preceptivas, al señalar que cualquier acción u omisión de la normativa ambiental que constituya delito, «*dará lugar*» a la aplicación de las sanciones que enumera. En realidad, la imposición de «todas» estas sanciones accesorias no siempre será procedente en «todos» los casos; de ahí que la comisión de un delito de contaminación ambiental «*dará lugar*» (art. 87 de la LGA) a la imposición de aquellas sanciones que «*puedan imponerse*» (art. 93 de la LGA) según las circunstancias de cada caso

Finalmente, si el autor o partícipe en del delito fuera una autoridad o funcionario público se le impondrá, además, la pena de inhabilitación del cargo desde uno hasta cinco años, según acuerde el tribunal competente (art. 91 de la LGA).

En la individualización de las penas se tendrán en cuenta, además de lo previsto con carácter general en el artículo 69 del CP, las circunstancias enumeradas en el artículo 88 de la LGA: a) gravedad de la acción u omisión causada al ambiente y/o a la salud y vida humana; b) reincidencia; c) repercusión social y económica; y, ch) capacidad económica del responsable del delito.

B) Actividades mercantiles relacionadas con sustancias contaminantes sin observar las disposiciones legales

El literal c) del artículo 92 de la LGA, castiga «fabricar, almacenar, importar, comerciar, transportar, usar o disponer sin observar lo dispuesto en las disposiciones legales sobre la materia, sustancias o productos tóxicos o contaminantes que causen o puedan causar riesgo o peligro grave a la salud pública o al ecosistema en general».

Los comportamientos típicos abarcan por completo el ciclo mercantil de las sustancias o productos tóxicos o contaminantes. Para completar el tipo es preciso acudir a las disposiciones legales sobre el tratamiento de tales sustancias, desde su fabricación hasta su uso. Estamos ante un delito de peligro, no de resultado; si éste se produjere, se penaría separadamente (art. 94 de la LGA). Sobre estos aspectos, nos remitimos a lo comentado anteriormente en relación con la contaminación ambiental.

En cuanto a las penas con que se castiga este delito, el artículo 94 de la LGA⁽¹⁶⁶⁾ señala:

1) Que los daños que se causen a la salud de las personas o al ecosistema se penarán separadamente; por tanto, como un concurso de delitos (art. 36 del CP) y no como un concurso de leyes (art. 2-A del CP).

2) Que la pena principal será la reclusión de 1 a 5 años.

3) Que la anterior pena vendrá acompañada, según las circunstancias del caso, de las siguientes sanciones accesorias, previstas en el artículo 87 de la LGA:

3.1) Clausura definitiva, total o parcial, de actividades o instalaciones, si la actividad contamina y perjudica la salud humana o el medio ambiente más allá de los límites establecidos en los reglamentos y normas técnicas;

3.2) Suspensión temporal de actividades o instalaciones causantes del daño ambiental;

3.3) Decomiso de las artes e instrumentos utilizados en la comisión del delito e infracción.

3.4) Indemnización al Estado o a terceros por los daños y perjuicios ocasionados al ambiente y a los recursos naturales.

3.5) Reposición o restitución de las cosas y objetos afectados a su ser y

⁽¹⁶⁶⁾ También el artículo 107 del Reglamento de la LGA determina que la comisión de estos delitos se sancionará con pena de reclusión de uno (1) a cinco (5) años, sin perjuicio de la pena específica por el delito que se cometiere como resultado de la acción u omisión. Podrán imponerse, además, las sanciones de clausura definitiva, suspensión temporal, decomiso, cancelación o revocación, indemnización y reposición o restitución.

estado naturales, si fuera posible.

Finalmente, si el autor o partícipe en del delito fuera una autoridad o funcionario público se le impondrá, además, la pena de inhabilitación del cargo desde uno hasta cinco años, según acuerde el tribunal competente (art. 91 de la LGA).

La graduación de las penas se hará en consideración no sólo a lo previsto con carácter general en el artículo 69 del CP, sino también a las circunstancias enumeradas en el artículo 88 de la LGA: a) gravedad de la acción u omisión causada al ambiente y/o a la salud y vida humana; b) reincidencia; c) repercusión social y económica; y, ch) capacidad económica del responsable del delito.

C) Contaminar o permitir la contaminación de alimentos y bebidas

La actividad típica, en este caso (contaminar o permitir la contaminación), tiene por objeto material los alimentos y bebidas. No distingue el legislador si han de ser de consumo humano o animal, de modo que ambos estarán incluidos en el tipo.

La contaminación de alimentos y bebidas exige su alteración de manera que las haga nocivas para la salud. Hay o puede haber concurso de leyes con algunos delitos contra la salud pública (arts. 181, 181-A, 182.I, 187). Las penas aplicables serán las previstas en el artículo 94 la LGA al ser una ley posterior (1993) a los artículos 182 y 187 del CP (1983). Sin embargo, en el caso de los artículos 181 y 181-A, su texto proviene de reformas acaecidas en los años 1997 (Decreto n.º 59-1997) y 1996 (Decreto n.º 191-1996), respectivamente, luego al ser normas posteriores a la LGA la duración de la reclusión en aquellos preceptos se aplicará con preferencia sobre lo dispuesto en ésta, sin perjuicio de aplicar también las accesorias del artículo 87 de la LGA.

Bibliografía

BOIX REIG, Javier:

- *El delito de usurpación de estado civil*, Valencia, 1980.
- «Ocultación o exposición de hijos», en *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, Edersa, Madrid, 1985.

CASTELLÓ NICÁS, Nuria:

- *La imputabilidad penal del drogodependiente*, Comares, Granada, 1997.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido:

- «La delincuencia funcional: el tratamiento penal del drogodependiente que delinque», en *Delitos contra la salud pública*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1992, tomo XXI.

DE DIEGO DÍEZ, L. Alfredo:

- *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, vols. I y II, Corte Suprema de Justicia de Honduras, AEI y CGPJ, Tegucigalpa (Honduras), 2006.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis:

- «Drogas y política criminal en el Derecho Penal Europeo», en *Delitos contra la salud pública*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1992, tomo XXI.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio, y otros:

- *Código penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia* (coordinados por Ignacio Serrano Butragueño), Comares, Granada, 1998.

DÍEZ RIPOLLES, José Luis (coord.):

- *Delitos contra la vida e integridad física*, obra colectiva, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1999.
- *Delitos contra la libertad sexual*, obra colectiva, colección «Estudios de Derecho Judicial», tomo 21, CGPJ, Madrid, 1995, tomo XXXI.

ESTRELLA RUIZ, Manuel:

- «Imputabilidad y drogodependencia», en *La imputabilidad en general en el Derecho penal*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1992, tomo XVII.
- «Delitos contra la salud pública y su prevención: el reconocimiento corporal», en *Delitos contra la salud pública*, colección «Cuadernos de Derecho

Judicial», CGPJ, Madrid, 1992, tomo XXI.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (coord.):

- *Código penal comentado*, Akal, Madrid, 1990.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio:

- *Delitos contra la propiedad*, obra colectiva (dir. Martín Pallín), colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1995, tomo XV.
- «Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas», en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 2000, tomo V.

MORALES PRATS, Fermín:

- «Las formas agravadas de homicidio. Problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas», en *Delitos contra la vida e integridad física*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1995, vol. 31, págs. 253-288.

MUÑOZ CONDE, Francisco:

- *Derecho Penal. Parte especial*, 9.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

ORTS BERENGUER, Enrique:

- *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo (dir.):

- *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*, obra colectiva, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1998, tomo I.

VARIOS AUTORES:

- *La libertad de expresión y el Derecho Penal*, obra colectiva, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1993, tomo XXXIII.

VIADA BARDAJÍ, Salvador:

- «El juzgador ante el delincuente toxicomano», en *La imputabilidad en general en el Derecho penal*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1992, tomo XVII.

VIVES ANTÓN, T. Salvador, y otros:

- *Derecho Penal. Parte especial*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CASO Nº 1

A las 1 horas del 23 de abril de 2004, Juan se encontraba junto con Isabel en el bar Castilla, donde había tomado diversas bebidas alcohólicas, lo que disminuía sus facultades intelectivas y volitivas, y en un momento dado otro cliente, Santiago, que estaba fuertemente embriagado, dijo en voz alta que estaba “hasta los cojones de los chulos, putas y maricones”, ante lo que Juan, creyendo que se refería a Isabel, le pidió explicaciones, manifestándole Santiago que no se refería a ella, disculpándose; no obstante lo cual Juan discutió con Santiago, diciéndole que saliera del bar, y una vez fuera se inició una pelea entre los dos que fue cortada por varios camareros del bar.

Cuando los ánimos ya se habían calmado y Santiago se encontraba apoyado en un coche, Juan sacó una pistola, marca Libia, que portada , y apuntando al cuerpo de Santiago efectuó un disparo a metro y medio de distancia, que alcanzó a éste en los genitales externos, aunque no llegó a producir la muerte debido a la rápida asistencia médica a que fue sometido, y que determinó su curación a los veinticinco días, precisando asistencia facultativa por doce días, quedándole como secuela una dificultad para la cohabitación que puede ser totalmente corregida con una pequeña intervención médica.

Una vez ocurridos los hechos, Juan huyó del lugar y ocultó la pistola en un cubo de basura, si bien, sobre las 2 horas del mismo día, se presentó voluntariamente en una Comisaría de Policía, manifestando lo sucedido.

DESARROLLO DEL CASO: Indicar, razonadamente, el tipo de delito cometido, grado de consumación y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que concurren.

CASO Nº 2

El 5 de febrero de 2006, Ignacio, ejecutoriamente condenado por delito de lesiones en S. de 18 de septiembre de 2000, que padece una psicopatía constitucional, con personalidad sexualmente desequilibrada, de carácter obsesivo, impulsivo y violento, que se potencia y agrava con la ingestión de alcohol, sin control de sus impulsos pero con conciencia de la realidad, disminuyendo su voluntad y produciendo una disminución de su imputabilidad, después de haber estado con su novia Elena, pretextando no encontrarse bien, se dirigió, ya solo, hacia un bar. Allí se encontró con su amigo Francisco, y consumieron cinco cervezas cada uno, resolviendo irse a sus respectivas casas. Ignacio, pese a lo manifestado, se dirigió al pub, reunión de homosexuales, encontrándose allí con Juan, tomando Ignacio un cubalibre. Le contó los problemas que tenía en el servicio militar que venía haciendo. Accediendo a la invitación de ir a casa de Juan a mantener relaciones sexuales, se dirigieron ambos en el vehículo Ford propiedad de Juan, al domicilio citado, donde llegaron a las 2.30 horas de la madrugada, iniciando sus contactos sexuales hasta las 4.00 horas, momento en que, aprovechando Ignacio que estaba sentado en la cama y Juan en su aberración sexual se encontraba apoyado en sus piernas, en un momento de indignación, producto de su psicopatía impulsiva, potenciada por el alcohol ingerido, cogió un estilete "abrecartas" de la mesilla de noche, apuñalándole por seis veces repetida e inesperadamente en la espalda, sin darle tiempo a reaccionar. Se incorporó el herido y recibió otras seis puñaladas, cinco en el pecho y una en el cuello, alcanzándole una en el corazón que le originó la muerte instantánea.

Tras oír puñetazos en la pared contigua advirtiendo que iban a llamar a la policía y en un intento de borrar las posibles huellas identificadoras y ocultar el hecho, prendió fuego a la cama donde había caído el cadáver, marchándose rápidamente en el coche de Juan, de cuyas llaves se había apropiado.

Ignacio fue detenido al día siguiente cuando circulaba a bordo del citado vehículo, habiendo arrojado el estilete al río.

DESARROLLO DEL CASO: Indicar, razonadamente, los delitos cometidos, reglas concúrsales aplicables, y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que concurren.

CASO Nº 3

El 12 de marzo de 2005, Antonio, de dieciocho años, afectado de una embriaguez discreta que limitaba levemente sus facultades intelectivas y volitivas, consecuencia de la ingestión de vino y licores en un almuerzo, discutió, cuando poco después se hallaba en un bar, con Bartolomé, que portaba por costumbre, una navaja en el bolsillo.

Indignado Bartolomé porque Antonio le había insultado, le acometió con la navaja, si bien Antonio, eludiendo el golpe, desvió la navaja, que cayó al suelo. Antonio la pisó para impedir que su oponente la recogiera y, tomándola él infirió un corte en el muslo derecho a Bartolomé diciéndole “para que escarmientes”, pero que, desgraciadamente, le seccionó la arteria femoral, produciéndose inmediatamente la muerte de Bartolomé. Si no se hubiese producido la sección de la arteria – no proyectada por Antonio, aunque conocía aproximadamente su localización – la herida habría curado en unas dos semanas, convenientemente tratada por los médicos.

Pesaroso de lo hecho, A. compareció ante la policía y manifestó lo ocurrido, inmediata y exactamente.

DESARROLLO DEL CASO: Indicar, razonadamente, el tipo de delito cometido, grado de consumación y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que concurren.

CASO Nº 4

María, de treinta y cuatro años, casada y separada, en estado de gestación de cuatro meses y medio, decide interrumpir su embarazo, para lo que acude al piso de Ernesto, enfermero jubilado, condenado ejecutoriamente por delito de aborto, quien, por una cantidad de dinero, le introduce por la vagina hasta el útero un objeto punzante y una solución jabonosa que le produjo gran dolor y desvanecimiento. Trasladada posteriormente a la Residencia Sanitaria, falleció a los tres días a consecuencia de un foco séptico toxémico, producido por la falta de higiene manifiesta de tales prácticas.

Juan, médico forense titular, confecciona el dictamen de la autopsia, dejando de consignar datos de relevancia que permitieran conocer la verdadera causa productora de la defunción de la abortante, exponiendo observaciones incompletas unas e inveraces otras, dejando de consignar lo que era auténtico al documento incorporado al sumario, fruto todo ello de la desidia y desinterés manifiesto en relación con sus obligaciones profesionales.

DESARROLLO DEL CASO: Indicar, razonadamente, los delitos cometidos, reglas concúrsales aplicables, y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que concurren.

CASO Nº 5

Carlos mantiene relaciones informales con Ángela, mujer de veintiocho años. Celoso por la conducta de ésta y con ánimo de venganza, aprovecha el momento en que Ángela duerme para introducirle una barra de metal ardiente en la vagina, causándole heridas que precisaron ciento cuarenta días de asistencia facultativa. Como efecto de la acción, Ángela resultó discapacitada para las relaciones sexuales, al haber quedado afectada por neurosis irreversible.

DESARROLLO DEL CASO: Indicar, razonadamente, los delitos cometidos, reglas concursales aplicables, y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que concurren.

CASO Nº 6

Julio, de treinta años, adicto a la heroína desde los dieciocho, con numerosos antecedentes penales por robo y por haber causado lesiones con arma blanca a otro en una reyerta, está casado con Mariana, con la que vive en compañía de tres hijos, Roberto, Juan y Luis, de quince, doce y cuatro años de edad, respectivamente.

Debido a su adicción a la drogas y a su situación de desempleo permanente, desde hace más de ocho años viene haciendo objeto de malos tratos, tanto físicos como psíquicos, a su esposa e hijos.

En una de las múltiples discusiones, Julio golpea a su esposa reiteradas veces, produciéndole la fractura de un brazo y traumatismo cráneo-encefálico, que determinan su ingreso y tratamiento hospitalario por espacio de varios días.

DESARROLLO DEL CASO: Indicar, razonadamente, los delitos cometidos, reglas concúrsales aplicables, y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que concurren.

CASO Nº 7

Antonio y Bartolomé, de dieciséis y diecisiete años respectivamente, con antecedentes policiales por tráfico de estupefacientes, se apoderaron de la llave del domicilio de Carlos, que éste guardaba en la repisa de una ventana.

Con ánimo de lucrarse entraron en la vivienda y se apoderaron de una cantidad de dinero. Cuando se disponían a marcharse, fueron sorprendidos por la hija de Carlos, de catorce años, que fue violada por Antonio mientras Bartolomé la sujetaba y amenazaba con una navaja.

Ante los gritos proferidos por la joven, salieron precipitadamente de la vivienda y, tras apoderarse por la fuerza de una moto que conducía su propietario, emprendieron la huida siendo sorprendidos por la dotación de un vehículo policial, que consiguió detener a Bartolomé, pero no así a Antonio, el cual logró refugiarse en una casa abandonada, donde tomó como rehén a Darío, de trece años, obligándole a permanecer tendido en el suelo, advirtiéndole a la policía que, si pretendían entrar, mataría a Darío.

En un momento dado, Darío salió huyendo de la casa, oportunidad que aprovechó la policía para entrar y detener a Antonio, que no opuso resistencia.

DESARROLLO DEL CASO: Indicar, razonadamente, los delitos cometidos, reglas concursales aplicables, y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que concurren.

CASO Nº 8

Manuel y Roberto, jóvenes mayores de edad y sin antecedentes penales, el 12 de enero de 2004, provistos de armas contundentes (una barra de hierro, un palo “ de madera muy dura” y una navaja), asaltaron la caravana de una pareja de jubilados que se encontraba aparcada en la playa X, propinando a éstos fuertes y reiterados golpes en la cabeza y brazos, tratando incluso de estrangularles y llegando uno de los acusados, Roberto, a clavar la navaja de un solo filo y 12,5 centímetros de hoja, en el abdomen del hombre, para, posteriormente y después de conducir el vehículo-caravana a distinto lugar, huir precipitadamente tan sólo con una bolsa y un maletín con enseres, propiedad del matrimonio, debido a la decidida defensa que las víctimas hicieron, al aprovechar la distracción de los agresores cuando escucharon voces lejanas.

De las importantes lesiones sufridas por las dos víctimas en cabeza, tórax y brazos, con contusiones múltiples y muy extensas, amén de la puñalada ya descrita (con herida penetrante en la fosa ilíaca derecha que afectó a colon transversal), tardaron en curar 180 y 250 días respectivamente, tras sendas intervenciones quirúrgicas, practicadas de urgencia para salvar sus vidas.

DESARROLLO DEL CASO: Indicar, razonadamente, los delitos cometidos, reglas concursales aplicables, y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que concurren.

CASO Nº 9

Ernesto, de dieciocho años, en compañía de Felipe y Norberto, ambos de dieciséis años, en la noche del 25 de mayo de 2003, abordaron a Santiago y a Luisa, quienes se encontraban junto al coche propiedad del primero, que acababan de aparcar y cerraban, y tras mostrarles una navaja les obligaron a subir al vehículo, indicando al conductor Santiago que se dirigiera al lugar conocido como El Castillo, paraje despoblado y sin luz, situado aproximadamente a un kilómetro, dentro del casco urbano. Detenido el vehículo, Ernesto y los demás empezaron a tocar a Luisa en pechos y genitales, a la vez que les instaban a entregar todo lo que portaban, lo que así hicieron ambos.

Felipe sacó a Luisa del vehículo por la fuerza, y a golpes la llevó hasta las ruinas del castillo, donde la obligó a quitarse el vestido y la ropa interior, y tras tirarla al suelo la penetró vaginalmente, mientras Ernesto y Roberto permanecieron en el vehículo junto a Santiago, mostrándole en todo momento la navaja.

Finalizado el coito, Felipe volvió al vehículo, saliendo del mismo Ernesto y dirigiéndose a donde se encontraba Luisa, a la que efectuó tocamientos en pechos y órganos sexuales, obligándole a que le acariciara el pene. Tras darle una bofetada, se acercó al vehículo, del que salió Norberto, quien fue hacia Luisa y la penetró vaginalmente. Felipe volvió a repetir el reprochable acto pero por vía anal.

En un momento dado, Ernesto abandonó el coche, quedando sólo Santiago, quien no tenía las llaves del mismo, y se acercó a los demás, a los que instó a que terminaran, momento en que ordenaron a Luisa que se vistiera y fuera junto a su acompañante. Los tres individuos citados, en el vehículo de Santiago, se marcharon del lugar, abandonando el vehículo posteriormente.

DESARROLLO DEL CASO: Indicar, razonadamente, los delitos cometidos, reglas concursales aplicables, y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que concurren.