

Código



TOMO 1

Artículos 1 al 164

Autores de los Comentarios

Francisco Moreno Carrasco, Luis Rueda García.

Actualización y Anotación Jurisprudencial

Carlos Ernesto Sánchez Escobar
Sergio Luis Rivera Márquez, Délmer Edmundo Rodríguez
Marco Tulio Díaz Castillo

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Penal de El Salvador Comentado

CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR COMENTADO



PLENO DEL CONSEJO

PRESIDENTA

Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza

CONSEJALES PROPIETARIOS

Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez

Dr. Carlos Mauricio Molina Fonseca

Dr. René Mauricio Castillo Panameño

Dra. María Hortensia Cruz de López

Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez

Lic. José Ricardo Reyes Escoto

Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos. AECI -CNJ

ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL

Dr. José Ernesto Criollo- Dirección

Licda. Berta Díaz Zelaya - Sub - Dirección

OFICINA TECNICA DE COOPERACION DE LA EMBAJADA DE ESPAÑA

Dr. Francisco Sancho López - Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación

Dra. Beatriz González - Directora del Proyecto de Capacitación

Autores de los Comentarios

Francisco Moreno Carrasco, Luis Rueda García.

Actualización y Anotación Jurisprudencial

Carlos Ernesto Sánchez Escobar

Sergio Luis Rivera Márquez, Délmer Edmundo Rodríguez

Marco Tulio Díaz Castillo

Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ - ECJ

Jefe de la Unidad: Licda. Karen de Sermeño

Diseño de portada: Licda. Ana Patricia Martínez Núñez

Colaboradora: Licda. Erika Elizabeth Ortiz

Los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

PRESENTACIÓN

El Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ) tiene el agrado de presentar a los lectores y especialmente a la comunidad jurídica una reimpresión actualizada del texto “Código Penal de El Salvador Comentado”, publicado inicialmente por la Corte Suprema de Justicia y el Proyecto de Asistencia Técnica auspiciado por la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI).

En la V Reunión de la Comisión Mixta Hispano Salvadoreña de Cooperación, efectuada el 23 de abril del 2002, la Cooperación Española ratificó su apoyo a los esfuerzos de formación profesional de los operadores del sistema de administración de justicia. Para ello, en su Programa de Justicia incluyó el Proyecto “Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos”, que actualmente ejecuta en coordinación con el Consejo Nacional de la Judicatura.

Como parte de dicho Proyecto, el Consejo y la Cooperación Española estimaron de suma importancia incluir el componente “publicaciones jurídicas”. Esa decisión constituye, para el Consejo, una de sus manifestaciones más sustantivas de su estrategia de ampliación del acceso de los beneficios de la capacitación hacia el mayor número de operadores del sistema de administración de justicia y miembros de los sectores que contribuyen al perfeccionamiento de dicho sistema; ello debido a que las necesidades de capacitación no pueden ser atendidas plenamente por ningún centro de formación inicial o continua, sino que deben asumirse, en gran medida, por los propios operadores y demás profesionales, mediante un esfuerzo de auto aprendizaje permanente y reflexivo.

Es por ello, que el Consejo, a través de diversas publicaciones, pone al alcance de todos los destinatarios de la capacitación y de aquellos que no son beneficiados con las mismas, documentos que contienen conceptos planteados en los eventos de formación judicial u otros textos que aunque no están directamente relacionados con la ejecución de eventos de capacitación, su puesta a disposición constituye un auxilio básico para el mejoramiento de su labor, y por ende de la administración de justicia.

Por supuesto, la utilidad de una publicación para acompañar y estimular el esfuerzo auto formativo depende en gran medida de su calidad científica y aproximación a la realidad de los operadores y demás profesionales a quienes está destinada. Con esos parámetros, es que el Consejo seleccionó el texto que en esta oportunidad se

reimprime, como uno de los documentos que deben tener una mayor difusión. Los comentarios al Código Penal salvadoreño siguen siendo tan vigentes y valiosos como la primera vez que se entregaron a los beneficiarios del proyecto que ejecutó la Honorable Corte Suprema de Justicia. La cantidad de veces que, en el desarrollo de su trabajo, los operadores del sistema de administración de justicia y demás profesionales buscan en esta obra una orientación, una guía, unas pautas para profundizar en sus investigaciones y reflexiones, patentizan el acierto de haberla elegido para su reimpresión.

El Consejo agradece especialmente a la Honorable Corte Suprema de Justicia que, en una muestra más de fraterna colaboración interinstitucional, consintió en el tiraje de más y nuevos ejemplares de esta capital obra jurídica. Respetando el delicado trabajo que en su oportunidad realizaron el equipo técnico de ese Supremo Tribunal y los autores del documento, se reproducen íntegramente los comentarios originales, sin ninguna alteración de su contenido. Claro que no podía desaprovecharse la ocasión para incorporar, a la fecha que culminó la preparación de los materiales a reimprimir, el texto de las reformas legales suscitadas previamente.

IV

La obra que el lector tiene en sus manos ahora, también es distinta en otro aspecto, siempre con respeto absoluto al esfuerzo primigenio de sus creadores. El Consejo Nacional de la Judicatura identificó a otros especialistas salvadoreños para que enriquecieran el trabajo original con algunas “notas de actualización”, así como apuntes de jurisprudencia. Las notas de actualización consisten en observaciones, opiniones o comentarios basados en la experiencia judicial y los problemas surgidos por la práctica diaria de la normativa; en la producción jurisprudencial; en específicas y aun distintas interpretaciones doctrinarias; o en dificultades interpretativas que quizá aún no se podían prever en la época de formulación de los comentarios originales, porque no se habían suscitado casos que las pusieran de manifiesto o porque la dificultad ha sido originada por una modificación legal en otra disposición normativa.

Las anotaciones jurisprudenciales han tomado en cuenta la producción jurídica contenida en las decisiones de todos los juzgados y tribunales del país que aplican la normativa comentada, sin distinción de grado de conocimiento o composición. Claro que las posibilidades reales de acceso a las decisiones judiciales pertinentes han configurado de modo inevitable el resultado que aparece en este documento. Aun con esa limitación, el lector podrá constatar -esperamos que con ansia investigadora- las interesantes diferencias que en algunos casos presenta la aplicación jurisdiccional de

una misma disposición, tal como lo ponen de relieve los mencionados apuntes jurisprudenciales.

Con estos insumos adicionales, el Consejo Nacional de la Judicatura, gracias a este nuevo apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional, tiene plena confianza en que la reimpresión de esta importante obra tonificará, una vez más, el encomiable tesón con que los operadores jurídicos salvadoreños enfrentan su responsabilidad social de ser cada día más competentes. Igualmente, impulsará la gestación de nuevos operadores, al constituirse como apoyo indiscutible de las actividades universitarias de formación de profesionales del Derecho.

De esta manera, el Consejo Nacional de la Judicatura pone a disposición de la comunidad jurídica salvadoreña otro valioso aporte a la creciente cultura de investigación y debate fundamentado de las ideas jurídicas. Esa cultura es sin duda una condición indispensable para elevar continuamente la calidad de nuestra justicia, en este caso, penal.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Í N D I C E

LIBRO I

PARTE GENERAL

TÍTULO I	GARANTÍAS PENALES MÍNIMAS Y APLICACIÓN DE LA LEY PENAL	
CAPÍTULO I	DE LAS GARANTÍAS PENALES MÍNIMAS	
Art. 1	PRINCIPIO DE LEGALIDAD	1
Art. 2	PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA	15
Art. 3	PRINCIPIO DE LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO	21
Art. 4	PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD	26
Art. 5	PRINCIPIO DE NECESIDAD	40
Art. 6	PRINCIPIO DE APLICACIÓN GENERAL DEL CÓDIGO PENAL	51
CAPÍTULO II	DE LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL	
Art. 7	CONCURSO APARENTE DE LEYES	55
Art. 8	PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD	61
Art. 9	PRINCIPIO PERSONAL O DE NACIONALIDAD	64
Art. 10	PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD	67
Art. 11	FAVORABILIDAD EXTRATERRITORIAL	69
Art. 12	TIEMPO Y LUGAR DE REALIZACIÓN DEL HECHO PUNIBLE	71
Art. 13	VIGENCIA DE LA LEY PENAL	75
Art. 14	RETROACTIVIDAD DE LA LEY FAVORABLE	78
Art. 15	LEY FAVORABLE POSTERIOR A LA CONDENA	82
Art. 16	LEYES TEMPORALES	84
Art. 17	APLICACIÓN DE LA LEY PENAL A LAS PERSONAS	86
TÍTULO II	HECHO PUNIBLE Y RESPONSABILIDAD PENAL	
CAPÍTULO I	DE LOS DELITOS Y LAS FALTAS	
Art. 18	HECHOS PUNIBLES	90
Art. 19	ACCIÓN Y OMISIÓN	99
Art. 20	COMISIÓN POR OMISIÓN	109
Art. 21	DELITO POLÍTICO Y DELITO COMÚN CONEXO CON DELITO POLÍTICO	115

Art. 22	DELITO OFICIAL	117
Art. 22-A	CRIMEN ORGANIZADO	120
Art. 23	PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN	125
Art. 24	DELITO IMPERFECTO O TENTADO	130
Art. 25	DELITO IMPOSIBLE	134
Art. 26	DESISTIMIENTO	137
CAPÍTULO II	DE LAS CAUSAS QUE EXCLUYEN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	
Art. 27	EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD	141
Art. 28	ERROR INVENCIBLE Y ERROR VENCIBLE	161
Art. 28-A	ACCIÓN LIBRE EN SU CAUSA	169
CAPÍTULO III	CIRCUNSTANCIAS QUE MODIFICAN LA RESPONSABILIDAD PENAL	
SECCIÓN 1a.		
Art. 29	CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES	172
SECCIÓN 2a.		
Art. 30	CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES	188
Art. 31	CIRCUNSTANCIAS AMBIVALENTES	221
CAPÍTULO IV	DE LOS AUTORES Y PARTICIPES	
Art. 32	RESPONSABLES PENALMENTE	225
Art. 33	AUTORES DIRECTOS O COAUTORES	229
Art. 34	AUTORES MEDIATOS	234
Art. 35	INSTIGADORES	236
Art. 36	CÓMPlices	238
Art. 37	PRINCIPIO Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PARTÍCIPIES	243
Art. 38	ACTUAR POR OTRO	245
Art. 39	CONCEPTO DE FUNCIONARIO, EMPLEADO PÚBLICO Y MUNICIPAL, AUTORIDAD PÚBLICA Y AGENTE DE AUTORIDAD	249
CAPÍTULO V	CONCURSO DE DELITOS	
Art. 40	CONCURSO IDEAL	253
Art. 41	CONCURSO REAL	259
Art. 42	DELITO CONTINUADO	262
Art. 43	DELITO MASA	266

TÍTULO III PENAS**CAPÍTULO I DE LAS PENAS SUS CLASES Y EFECTOS**

Art. 44	CLASES DE PENAS	270
Art. 45	PENAS PRINCIPALES	275
Art. 46	PENAS ACCESORIAS	282

CAPÍTULO II DE LAS PENAS EN PARTICULAR

Art. 47	PRISIÓN	284
Art. 48	CONVERSIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL (DEROGADO)	285
Art. 49	ARRESTO DE FIN DE SEMANA	286
Art. 50	ARRESTO DOMICILIARIO	289
Art. 51	MULTA Y SU CUANTIFICACIÓN	291
Art. 52	CONDICIONES DE PAGO E INCUMPLIMIENTO DE LA MULTA	294
Art. 53	REDUCCIÓN Y APLAZAMIENTO DE LA MULTA	298
Art. 54	INCAPACIDAD DE PAGO	300
Art. 55	PRESTACIÓN DE TRABAJO DE UTILIDAD PÚBLICA	302
Art. 56	INCUMPLIMIENTO DEL TRABAJO DE UTILIDAD PÚBLICA	305
Art. 57	CÓMPUTO DE LA PENA	308
Art. 58	INHABILITACIÓN ABSOLUTA	309
Art. 59	INHABILITACIÓN ESPECIAL	311
Art. 60	PENA DE EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL	314
Art. 61	PRIVACIÓN DEL DERECHO DE CONDUCIR	316
Art. 61-A	PENA DE TERAPIA	316

CAPÍTULO III ADECUACIÓN DE LAS PENAS

Art. 62	PENA IMPONIBLE E INDIVIDUALIZACIÓN	317
Art. 63	DETERMINACIÓN DE LA PENA	323
Art. 64	CONCURRENCIA Y VALORACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES O AGRAVANTES	335
Art. 65	PENALIDAD DE LOS AUTORES, COAUTORES, AUTORES MEDIATOS E INSTIGADORES	336
Art. 66	PENALIDAD DE LOS CÓMPlices	338
Art. 67	COMUNICABILIDAD DE CIRCUNSTANCIAS Y CUALIDADES	340
Art. 68	PENALIDAD DE LA TENTATIVA	342
Art. 69	PENALIDAD EN CASO DE ERROR VENCIBLE	343
Art. 70	PENALIDAD DEL CONCURSO IDEAL	344
Art. 71	PENALIDAD DEL CONCURSO REAL	347

Art. 72	PENALIDAD DEL DELITO CONTINUADO	352
Art. 73	PENALIDAD DEL DELITO MASA	354

CAPÍTULO IV DE LAS FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Art. 74	REEMPLAZO DE LA PENA DE PRISIÓN	356
Art. 75	REGLA DE CONVERSIÓN	360
Art. 76	PENAS CONJUNTAS DE PRISIÓN Y MULTA	362
Art. 77	SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	362
Art. 78	SUSPENSIÓN CONDICIONAL EXTRAORDINARIA DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	369
Art. 79	OBLIGACIONES INHERENTES A LA SUSPENSIÓN	372
Art. 80	PROHIBICIÓN AL JUEZ	373
Art. 81	INCUMPLIMIENTO DE REGLAS DE CONDUCTA	374
Art. 82	PERDÓN JUDICIAL	377
Art. 83	CUMPLIMIENTO DE LA PENA	380
Art. 84	SUSPENSIÓN EXTRAORDINARIA DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	381
Art. 85	LIBERTAD CONDICIONAL	384
Art. 86	LIBERTAD CONDICIONAL ANTICIPADA	389
Art. 87	OBLIGACIONES INHERENTES A LA LIBERTAD CONDICIONAL	392
Art. 88	PERÍODO DE PRUEBA	393
Art. 89	REVOCATORIA POR NUEVO DELITO	393
Art. 90	REVOCATORIA POR INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES	396
Art. 91	EFFECTOS DE LA REVOCATORIA	397
Art. 92	CUMPLIMIENTO TOTAL DE LA PENA	398
Art. 92-A	EXCEPCIONES A LAS FORMAS SUSTITUTIVAS	398

TÍTULO IV MEDIDAS DE SEGURIDAD

CAPÍTULO ÚNICO

Art. 93	CLASES DE MEDIDAS DE SEGURIDAD	411
Art. 94	IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD	414
Art. 95	PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD CONJUNTAS	415

TÍTULO V EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y SUS EFECTOS

CAPÍTULO I DE LAS CAUSAS QUE EXTINGUEN LA RESPONSABILIDAD PENAL

Art. 96	CAUSAS DE EXTINCIÓN	421
Art. 97	EXTINCIÓN INDIVIDUAL Y CONJUNTA	422
Art. 98	MUERTE DEL CONDENADO	422
Art. 99	PRESCRIPCIÓN DE LA PENA	423
Art. 100	INICIACIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN	427
Art. 101	SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN	428
Art. 102	INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN	430
Art. 103	PRESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	432
Art. 104	AMNISTÍA	432
Art. 105	INDULTO	438
Art. 106	PROHIBICIÓN DE EXTINCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD	440
Art. 107	RÉGIMEN DEL PERDÓN	441
Art. 108	ENFERMEDAD INCURABLE EN PERÍODO TERMINAL	443

CAPÍTULO II DE LA REHABILITACIÓN Y CANCELACIÓN DE REGISTROS

Art. 109	CONCEPTO Y TRÁMITE	447
Art. 110	EFFECTOS DE LA REHABILITACIÓN	448
Art. 111	REHABILITACIÓN POR ERROR JUDICIAL	449
Art. 112	RÉGIMEN DE REGISTROS PENALES	450
Art. 113	CANCELACIÓN DE REGISTROS DE MEDIDAS DE SEGURIDAD	454

TÍTULO VI CONSECUENCIAS CIVILES DEL HECHO PUNIBLE

CAPÍTULO I DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SUS CONSECUENCIAS

Art. 114	RESPONSABILIDAD CIVIL	455
Art. 115	CONSECUENCIAS CIVILES	458

CAPÍTULO II DE LAS PERSONAS QUE INCURREN EN RESPONSABILIDAD CIVIL

Art. 116	RESPONSABLES DIRECTOS	463
Art. 117	OTROS RESPONSABLES	464

CAPÍTULO III DE LAS FORMAS DE CUMPLIR CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Art. 118	RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA	468
Art. 119	RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA	469
Art. 120	RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA COMÚN	470
Art. 121	RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA ESPECIAL	473

Art. 122	TRANSMISIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL	479
Art. 123	DERECHO DE PREFERENCIA	480
Art. 124	DERECHO DE REPETICIÓN	482
Art. 125	EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	482

TÍTULO VII CONSECUENCIAS ACCESORIAS

CAPÍTULO ÚNICO

	DE LA PÉRDIDA DEL PRODUCTO, DE LAS GANANCIAS Y VENTAJAS PROVENIENTES DEL HECHO Y DEL COMISO	
Art. 126	DE LA PÉRDIDA DEL PRODUCTO DE LAS GANANCIAS PROVENIENTES DEL HECHO	485
Art. 127	COMISO	487

LIBRO SEGUNDO

PARTE ESPECIAL

DE LOS DELITOS Y SUS PENAS

TÍTULO I DELITOS RELATIVOS A LA VIDA

CAPÍTULO I DEL HOMICIDIO Y SUS FORMAS

Art. 128	HOMICIDIO SIMPLE	490
Art. 129	HOMICIDIO AGRAVADO	500
Art. 129-A	PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN EN EL DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO	511
Art. 130	HOMICIDIO PIADOSO	513
Art. 131	INDUCCIÓN O AYUDA AL SUICIDIO	516
Art. 132	HOMICIDIO CULPOSO	521

CAPÍTULO II DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA VIDA DEL SER HUMANO EN FORMACIÓN

Art. 133	ABORTO CONSENTIDO Y PROPIO	525
Art. 134	ABORTO SIN CONSENTIMIENTO	532
Art. 135	ABORTO AGRAVADO	533
Art. 136	INDUCCIÓN O AYUDA AL ABORTO	533
Art. 137	ABORTO CULPOSO	534
Art. 138	LESIONES EN EL NO NACIDO	535
Art. 139	LESIONES CULPOSAS EN EL NO NACIDO	538
Art. 140	MANIPULACIÓN GENÉTICA	539

Art. 141	MANIPULACIÓN GENÉTICA CULPOSA	542
TÍTULO II	DELITOS RELATIVOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL	
CAPÍTULO I	DE LAS LESIONES	
Art. 142	LESIONES	543
Art. 143	LESIONES GRAVES	550
Art. 144	LESIONES MUY GRAVES	550
Art. 145	LESIONES AGRAVADAS	553
Art. 146	LESIONES CULPOSAS	554
Art. 147	CONSENTIMIENTO ATENUANTE Y CONSENTIMIENTO EXIMENTE	558
CAPÍTULO II	DELITOS DE PELIGRO PARA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL	
Art. 147-A	DISPARO DE ARMA DE FUEGO	562
Art. 147-B	TRÁFICO Y TENENCIA ILEGAL DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS	564
Art. 147-C	MANIPULACIÓN DE INFORMACIÓN	566
Art. 147-D	SUMINISTRO INDEBIDO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS	567
TÍTULO III	DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD	
CAPÍTULO I	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD INDIVIDUAL	
Art. 148	PRIVACIÓN DE LIBERTAD	568
Art. 149	SECUESTRO	572
Art. 149-A	PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN EN LOS DELITOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y SECUESTRO .	573
Art. 150	ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL AGRAVADOS	574
Art. 151	ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL ATENUADOS	578
Art. 152	DETENCIÓN POR PARTICULAR	580
CAPÍTULO II	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA AUTONOMÍA PERSONAL	
Art. 153	COACCIÓN	581
Art. 154	AMENAZAS	585
Art. 155	AGRAVACIÓN ESPECIAL	589
CAPÍTULO III	DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA EXPERIMENTACIÓN	
Art. 156	INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA	592
Art. 157	INSEMINACIÓN FRAUDULENTA	594

TÍTULO IV DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

CAPÍTULO I DE LA VIOLACIÓN Y OTRAS AGRESIONES SEXUALES

Art. 158	VIOLACIÓN	596
Art. 159	VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ	603
Art. 160	OTRAS AGRESIONES SEXUALES	606
Art. 161	AGRESIÓN SEXUAL EN MENOR E INCAPAZ	610
Art. 162	VIOLACIÓN Y AGRESIÓN SEXUAL AGRAVADA	612

CAPÍTULO II DEL ESTUPRO

Art. 163	ESTUPRO	616
Art. 164	ESTUPRO POR PREVALIMIENTO	617

CAPÍTULO III OTROS ATAQUES A LA LIBERTAD SEXUAL

Art. 165	ACOSO SEXUAL	619
Art. 166	ACTO SEXUAL DIVERSO	621
Art. 167	CORRUPCIÓN DE MENORES E INCAPACES	622
Art. 168	CORRUPCIÓN AGRAVADA	626
Art. 169	INDUCCIÓN, PROMOCIÓN Y FAVORECIMIENTO DE LA PROSTITUCIÓN	627
Art. 169-A	REMUNERACIÓN POR ACTOS SEXUALES O ERÓTICOS	629
Art. 170	DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN	630
Art. 170-A	OFERTA Y DEMANDA DE PROSTITUCIÓN AJENA	632
Art. 171	EXHIBICIONES OBSCENAS	632
Art. 172	PORNOGRAFÍA	635
Art. 173	UTILIZACIÓN DE PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS E INCAPACES O DEFICIENTES MENTALES EN PORNOGRAFÍA	638
Arts. 173-A y 173-B	POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA	640

CAPÍTULO IV DISPOSICIÓN COMÚN

Art. 174	INDEMNIZACIONES ESPECIALES	641

TÍTULO V DELITOS RELATIVOS A LA SEGURIDAD PERSONAL

CAPÍTULO ÚNICO

DEL DEBER DE SOCORRO

Art. 175	OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO	642
Art. 176	DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA	647

TÍTULO VI DELITOS RELATIVOS AL HONOR Y LA INTIMIDAD**CAPÍTULO I DE LA CALUMNIA Y LA INJURIA**

Art. 177	CALUMNIA	648
Art. 178	DIFAMACIÓN	655
Art. 179	INJURIA	658
Art. 180	INHABILITACIÓN ESPECIAL	660
Art. 181	CONCEPTO DE PUBLICIDAD	660
Art. 182	CALUMNIA, DIFAMACIÓN E INJURIAS ENCUBIERTAS	661
Art. 183	RÉGIMEN DE LA PRUEBA	662

CAPÍTULO II DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA INTIMIDAD

Art. 184	VIOLACIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS	664
Art. 185	VIOLACIÓN AGRAVADA DE COMUNICACIONES	668
Art. 186	CAPTACIÓN DE COMUNICACIONES	668
Art. 187	REVELACIÓN DE SECRETO PROFESIONAL	670
Art. 188	ALLANAMIENTO DE MORADA	673
Art. 189	ALLANAMIENTO DE LUGAR DE TRABAJO O ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO	678
Art. 190	UTILIZACIÓN DE LA IMAGEN O NOMBRE DE OTRO	679

CAPÍTULO III DISPOSICIÓN COMÚN

Art. 191	EXCLUSIÓN DE DELITOS	681

TÍTULO VII DELITOS RELATIVOS A LAS RELACIONES FAMILIARES**CAPÍTULO I DE LOS MATRIMONIOS ILEGALES**

Art. 192	MATRIMONIOS ILEGALES	683
Art. 193	BIGAMIA	684
Art. 194	CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO ILEGAL	687

CAPÍTULO II DE LOS DELITOS RELATIVOS AL ESTADO FAMILIAR

Art. 195	SUPOSICIÓN U OCULTACIÓN DE ESTADO FAMILIAR	689
Art. 196	SUPLANTACIÓN Y ALTERACIÓN DE ESTADO FAMILIAR ..	691
Art. 197	SIMULACIÓN DE EMBARAZO O PARTO	692
Art. 198	ALTERACIÓN DE FILIACIÓN	694

CAPÍTULO III DE LOS ATENTADOS CONTRA DERECHOS Y DEBERES FAMILIARES

Art. 199	ABANDONO Y DESAMPARO DE PERSONA	697
Art. 200	VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	699

Art. 201	INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA ECONÓMICA	702
Art. 202	SEPARACIÓN INDEBIDA DE MENOR O INCAPAZ	705
Art. 203	INDUCCIÓN AL ABANDONO	706
Art. 204	ABUSO DEL DERECHO DE CORRECCIÓN	708
Art. 205	EXPLOTACIÓN DE LA MENDICIDAD	710
CAPÍTULO IV	DISPOSICIÓN COMÚN	
Art. 206	EXCUSA ABSOLUTORIA	713
TÍTULO VIII	DE LOS DELITOS RELATIVOS AL PATRIMONIO	
CAPÍTULO I	DEL HURTO	
Art. 207	HURTO	714
Art. 208	HURTO AGRAVADO	722
Art. 209	HURTO IMPROPIO	728
Art. 210	HURTO DE USO	730
Art. 211	HURTO DE ENERGÍA O FLUIDOS	733
CAPÍTULO II	DEL ROBO, LA EXTORSIÓN Y LA RECEPCIÓN	
Art. 212	ROBO	736
Art. 213	ROBO AGRAVADO	739
Art. 214	EXTORSIÓN	741
Art. 214-A	RECEPCIÓN	743
Art. 214-B	CONDUCCIÓN DE MERCADERÍAS DE DUDOSA PROCEDENCIA	747
Art. 214-C	PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN	748
CAPÍTULO III	DE LAS DEFRAUDACIONES	
Art. 215	ESTAFA	749
Art. 216	ESTAFA AGRAVADA	755
Art. 217	APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDAS	758
Art. 218	ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA	761
CAPÍTULO IV	DE LAS USURPACIONES	
Art. 219	USURPACIONES DE INMUEBLES	764
Art. 219-A	REMOCIÓN O ALTERACIÓN DE LINDEROS	767
Art. 219-B	USURPACIÓN DE AGUAS	768
Art. 220	PERTURBACIÓN VIOLENTA DE LA POSESIÓN	769

CAPÍTULO V	DE LOS DAÑOS	
Art. 221	DAÑOS	771
Art. 222	DAÑOS AGRAVADOS	774
CAPÍTULO VI	DE LOS DELITOS RELATIVOS AL PATRIMONIO CULTURAL	
Art. 223	INFRACCIÓN A LAS MEDIDAS DE REGISTRO, CONTROL, CIRCULACIÓN Y PROTECCIÓN DE BIENES CULTURALES	778
Art. 224	TRÁFICO ILÍCITO DE PATRIMONIO CULTURAL	782
Art. 225	HALLAZGO HISTÓRICO	784
CAPÍTULO VII	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL	
Art. 226	VIOLACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS	786
Art. 227	VIOLACIÓN AGRAVADA DE DERECHOS DE AUTOR Y DE DERECHOS CONEXOS	790
TÍTULO IX	DELITOS RELATIVOS AL ORDEN SOCIOECONÓMICO	792
CAPÍTULO I	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL	
Art. 228	VIOLACIÓN DE PRIVILEGIOS DE INVENCIÓN	795
Art. 229	VIOLACIÓN DE DISTINTIVOS COMERCIALES	799
Art. 230	INFIDELIDAD COMERCIAL	801
Art. 231	REVELACIÓN O DIVULGACIÓN DE SECRETO INDUSTRIAL	805
CAPÍTULO II	DE LOS DELITOS RELATIVOS AL MERCADO, LA LIBRE COMPETENCIA Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR	
Art. 232	MONOPOLIO	809
Art. 233	ACAPARAMIENTO	813
Art. 234	VENTA A PRECIO SUPERIOR	815
Art. 235	USO DE PESAS O MEDIDAS ALTERADAS	818
Art. 236	AGIOTAJE	819
Art. 237	PROPALACIÓN FALSA	821
Art. 238	COMPETENCIA DESLEAL	823
Art. 238-A	FRAUDE DE COMUNICACIONES	826
Art. 239	DESVIACIÓN FRAUDULENTE DE CLIENTELA	827
Art. 240	VENTAS ILÍCITAS	828
Art. 240-A	DEFRAUDACIÓN A LA ECONOMÍA PÚBLICA	831

CAPÍTULO III	DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES	
Art. 241	ALZAMIENTO DE BIENES	836
Art. 242	QUIEBRA DOLOSA	841
Art. 243	CHEQUE SIN PROVISIÓN DE FONDOS	845
CAPÍTULO IV	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LOS DERECHOS LABORALES Y DE ASOCIACIÓN	
Art. 244	INFRACCIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES O DE SEGURIDAD SOCIAL	851
Art. 245	RETENCIÓN DE CUOTAS LABORALES	856
Art. 246	DISCRIMINACIÓN LABORAL	859
Art. 247	COACCIÓN AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL O DEL DERECHO DE HUELGA	862
Art. 248	OBSTÁCULOS A LA LIBRE CONTRATACIÓN	864
CAPÍTULO V	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA HACIENDA PÚBLICA	
Art. 249	EVASIÓN DE IMPUESTOS	867
Art. 250	OTRAS DEFRAUDACIONES	870
Art. 251	PRESUPUESTO PARA PROCEDER	872
Art. 252	EXCUSA ABSOLUTORIA	873
TÍTULO X	DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, LA PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES, Y AL MEDIO AMBIENTE	
CAPÍTULO I	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO	
Art. 253	CONSTRUCCIONES NO AUTORIZADAS	875
Art. 254	RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS O EMPLEADOS PÚBLICOS	878
CAPÍTULO II	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA NATURALEZA Y EL MEDIO AMBIENTE	
Art. 255	CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	880
Art. 256	CONTAMINACIÓN AMBIENTAL AGRAVADA	883
Art. 257	CONTAMINACIÓN AMBIENTAL CULPOSA	884
Art. 258	DEPREDACIÓN DE BOSQUES	884
Art. 259	DEPREDACIÓN DE FLORA PROTEGIDA	887
Art. 260	DEPREDACIÓN DE FAUNA	889
Art. 261	DEPREDACIÓN DE FAUNA PROTEGIDA	890
Art. 262	RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS	892

Art. 262-A	QUEMA DE RASTROJOS	894
Art. 262-B	COMERCIO Y TRANSPORTE DE SUSTANCIAS PELIGROSAS	895
Art. 263	EXCUSA ABSOLUTORIA Y MEDIDAS ACCESORIAS	895
Art. 263-A	CONDICIONES OBJETIVAS DE PROCESABILIDAD	897

TÍTULO XI DELITOS RELATIVOS A LA SEGURIDAD COLECTIVA

CAPÍTULO ÚNICO

DE LOS DELITOS DE PELIGRO COMÚN

Art. 264	LIBERACIÓN DE ENERGÍA	899
Art. 265	INCENDIO	901
Art. 266	ESTRAGOS	903
Art. 267	INFRACCIÓN DE REGLAS DE SEGURIDAD	905
Art. 268	DELITOS DE PELIGRO COMÚN AGRAVADOS	907
Art. 269	DELITOS CULPOSOS DE PELIGRO COMÚN	908
Art. 270	RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS O EMPLEADOS PÚBLICOS	909

TÍTULO XII DELITOS RELATIVOS A LA SALUD PÚBLICA

CAPÍTULO I DE LOS DELITOS RELATIVOS A PRODUCTOS QUÍMICOS, MEDICINALES, ALIMENTICIOS Y AGUAS

Art. 271	ELABORACIÓN Y COMERCIO DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y SUSTANCIAS NOCIVAS	910
Art. 272	TRÁFICO DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y SUSTANCIAS NOCIVAS	912
Art. 273	DESPACHO O COMERCIO INDEBIDO DE MEDICINAS	914
Art. 274	ALTERACIÓN DE SUSTANCIAS MEDICINALES	916
Art. 275	FABRICACIÓN Y COMERCIO DE ALIMENTOS NOCIVOS ..	919
Art. 276	ENVENENAMIENTO, CONTAMINACIÓN O ADULTERACIÓN DE AGUAS Y SUSTANCIAS ALIMENTICIAS	923
Art. 277	DELITOS CULPOSOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA	924

CAPÍTULO II DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN LOS CENTROS DE TRABAJO, SALUD Y ESTUDIO

Art. 278	INFRACCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE ..	925

TÍTULO XIII DELITOS RELATIVOS A LA FE PÚBLICA

CAPÍTULO I DE LA FALSIFICACIÓN DE MONEDA, SELLOS OFICIALES Y ESPECIES FISCALES

Art. 279	FALSIFICACIÓN, TENENCIA O ALTERACIÓN DE MONEDA	929
Art. 280	FALSIFICACIÓN, TENENCIA DE SELLOS OFICIALES, ESPECIES FISCALES O BILLETES DE LOTERIA	933
Art. 281	VENTA O CIRCULACIÓN DE MONEDA, ESTAMPILLA O ESPECIES FISCALES FALSIFICADAS	936
Art. 282	VALORES EQUIPARADOS A MONEDA	937

CAPÍTULO II DE LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

Art. 283	FALSEDAD MATERIAL	938
Art. 284	FALSEDAD IDEOLÓGICA	944
Art. 285	FALSEDAD DOCUMENTAL AGRAVADA	946
Art. 286	SUPRESIÓN, DESTRUCCIÓN U OCULTACIÓN DE DOCUMENTOS VERDADEROS	946
Art. 287	USO Y TENENCIA DE DOCUMENTOS FALSOS	948

CAPÍTULO III DE LA FALSEDAD PERSONAL

Art. 288	USO FALSO DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD	950
Art. 288-A	TENENCIA Y USO INDEBIDO DE TRAJE O UNIFORME ...	952
Art. 289	EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN	953

CAPÍTULO IV FALSIFICACIÓN DE MARCAS, SEÑAS Y FIERROS

Art. 289-A	FALSIFICACIÓN DE SEÑAS Y MARCAS	956
Art. 289-B		958

TÍTULO XIV DELITOS RELATIVOS A LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

CAPÍTULO ÚNICO

DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Art. 290	PRIVACIÓN DE LIBERTAD POR FUNCIONARIO O EMPLEADO PÚBLICO, AGENTE DE AUTORIDAD O AUTORIDAD PÚBLICA	961
Art. 291	LIMITACIONES INDEBIDAS DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL	965
Art. 292	ATENTADOS RELATIVOS AL DERECHO DE IGUALDAD ..	967
Art. 293	ATENTADOS RELATIVOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	969

Art. 294	ATENTADOS RELATIVOS AL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y REUNIÓN	970
Art. 295	FRAUDE ELECTORAL	974
Art. 296	ATENTADOS RELATIVOS A LA LIBERTAD DE RELIGIÓN ..	978
Art. 297	TORTURA	980
Art. 298	ATENTADOS RELATIVOS AL DERECHO DE DEFENSA ...	983
Art. 299	REGISTRO Y PESQUISAS ILEGALES	985
Art. 300	ALLANAMIENTO SIN AUTORIZACIÓN LEGAL	987
Art. 301	INVOLABILIDAD DE CORRESPONDENCIA	989
Art. 302	INTERFERENCIA E INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS	991

TÍTULO XV DELITOS RELATIVOS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

CAPÍTULO I DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ACTIVIDAD JUDICIAL

Art. 303	DENUNCIA O ACUSACIÓN CALUMNIOSA	993
Art. 304	SIMULACIÓN DE DELITOS	998
Art. 305	FALSO TESTIMONIO	1000
Art. 306	FRAUDE PROCESAL	1004
Art. 307	SOBORNO	1007
Art. 308	ENCUBRIMIENTO	1010
Art. 309	OMISIÓN DEL DEBER DE PONER EN CONOCIMIENTO DETERMINADOS DELITOS	1014
Art. 310	PREVARICATO	1018
Art. 311	OMISIÓN DE INVESTIGACIÓN	1025
Art. 312	OMISIÓN DE AVISO	1028
Art. 313	DESOBEDIENCIA A MANDATO JUDICIAL	1030
Art. 314	PATROCINIO INFIEL	1034
Art. 315	SIMULACIÓN DE INFLUENCIA	1037
Art. 316	DESTRUCCIÓN, INUTILIZACIÓN U OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO POR ABOGADO O MANDATARIO	1039

CAPÍTULO II DE LOS DELITOS CONTRA LA AUTORIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y ABUSO DE DERECHO

Art. 317	EVASIÓN	1041
Art. 318	FAVORECIMIENTO DE LA EVASIÓN	1043
Art. 318-A	FAVORECIMIENTO CULPOSO A LA EVASIÓN	1045
Art. 319	EJERCICIO VIOLENTO DEL DERECHO	1047

TÍTULO XVI DELITOS RELATIVOS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**CAPÍTULO I DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD**

Art. 320	ACTOS ARBITRARIOS	1050
Art. 321	INCUMPLIMIENTO DE DEBERES	1052
Art. 322	DESOBEDIENCIA	1055
Art. 323	DENEGACIÓN DE AUXILIO	1059
Art. 324	REVELACIÓN DE HECHOS, ACTUACIONES O DOCUMENTOS SECRETOS POR EMPLEADO OFICIAL ..	1062

CAPÍTULO II DE LA CORRUPCIÓN

Art. 325	PECULADO	1066
Art. 326	PECULADO POR CULPA	1072
Art. 327	CONCUSIÓN	1073
Art. 328	NEGOCIACIONES ILÍCITAS	1075
Art. 329	EXACCIÓN	1078
Art. 330	COHECHO PROPIO	1080
Art. 331	COHECHO IMPROPIO	1087
Art. 332	MALVERSACIÓN	1088
Art. 333	ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	1090
Art. 334	INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE REGISTROS O DOCUMENTOS PÚBLICOS	1093

CAPÍTULO III DE LOS DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

Art. 335	COHECHO ACTIVO	1099
Art. 336	TRÁFICO DE INFLUENCIAS	1101
Art. 337	RESISTENCIA	1104
Art. 338	DESOBEDIENCIA DE PARTICULARES	1107
Art. 338-A	DESOBEDIENCIA EN CASO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	1109
Art. 339	DESACATO	1111

TÍTULO XVII DELITOS RELATIVOS AL SISTEMA CONSTITUCIONAL Y LA PAZ PÚBLICA**CAPÍTULO I DE LOS DELITOS RELATIVOS AL SISTEMA CONSTITUCIONAL**

Art. 340	REBELIÓN	1114
Art. 341	SEDICIÓN	1118
Art. 342	PROPOSICIÓN, CONSPIRACIÓN Y APOLOGÍA PARA COMETER REBELIÓN O SEDICIÓN	1120

CAPÍTULO II DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PAZ PÚBLICA

Art. 343	ACTOS DE TERRORISMO	1121
Art. 344	PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN PARA ACTOS DE TERRORISMO	1124
Art. 345	AGRUPACIONES ILÍCITAS	1126
Art. 346	TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN DE ARMAS DE GUERRA	1132
Art. 346-A	FABRICACIÓN, PORTACIÓN, TENENCIA O COMERCIO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES	1137
Art. 346-B	TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	1139
Art. 347	COMERCIO ILEGAL Y DEPÓSITO DE ARMAS	1143
Art. 348	DESORDENES PÚBLICOS	1144
Art. 349	APOLOGÍA DEL DELITO	1147

**TÍTULO XVIII DELITOS RELATIVOS A LA EXISTENCIA, SEGURIDAD Y
ORGANIZACIÓN DEL ESTADO****CAPÍTULO ÚNICO**

Art. 350	ATENTADOS CONTRA LA INTEGRIDAD Y EXISTENCIA DEL ESTADO	1149
Art. 351	ATENTADOS CONTRA LA UNIDAD NACIONAL	1151
Art. 352	TRAICIÓN	1153
Art. 353	INTELIGENCIA CON ESTADO EXTRANJERO	1155
Art. 354	PROVOCACIÓN DE GUERRA, REPRESALIAS O ENEMISTAD INTERNACIONAL	1157
Art. 355	REVELACIÓN DE SECRETOS DE ESTADO	1160
Art. 356	ESPIONAJE	1162
Art. 357	SABOTAJE	1165
Art. 358	INFIDELIDAD EN NEGOCIOS DE ESTADO	1169
Art. 359	VIOLACIÓN DE TRATADOS, TREGUAS, ARMISTICIOS O SALVOCONDUCTOS	1171
Art. 360	VIOLACIÓN DE INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS	1173

TÍTULO XIX DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD**CAPÍTULO ÚNICO**

Art. 361	GENOCIDIO	1175
Art. 362	VIOLACIÓN DE LAS LEYES O COSTUMBRES DE GUERRA	1178
Art. 363	VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE HUMANIDAD	1181

Art. 364	DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS	1183
Art. 365	DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDA POR PARTICULAR	1185
Art. 366	DESAPARICIÓN DE PERSONAS PERMITIDA CULPOSAMENTE	1186
Art. 367	COMERCIO DE PERSONAS	1187
Art. 367-A	TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS	1190
Art. 367-B	TRATA DE PERSONAS	1195

TÍTULO XX DELITOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL

CAPÍTULO ÚNICO

Art. 368	PIRATERÍA	1196
Art. 369	PIRATERÍA AÉREA	1200
Art. 370	ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DELICTIVAS	1201

LIBRO TERCERO

PARTE ESPECIAL

LAS FALTAS Y SUS PENAS

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Art. 371	REGLAS DE APLICACIÓN	1203
Art. 372	PERDÓN JUDICIAL	1204

TÍTULO II

**CAPÍTULO I FALTAS RELATIVAS A LA VIDA, A LA INTEGRIDAD Y A LA
LIBERTAD PERSONAL**

Art. 373	VENTA ILEGAL DE ABORTIVOS	1207
Art. 374	ANUNCIO DE MEDIOS ABORTIVOS	1208
Art. 375	LESIONES Y GOLPES	1209
Art. 376	AMENAZAS LEVES	1211

**CAPÍTULO II FALTAS RELATIVAS A LA PREVENCIÓN DE DELITOS CONTRA LA
VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL**

Art. 377	PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS (DEROGADO)	1214
Art. 378	EXPLOSIONES PELIGROSAS	1214

CAPÍTULO III FALTAS RELATIVAS AL PATRIMONIO

Art. 379	HURTO	1217
Art. 380	ESTAFA	1218
Art. 381	DAÑOS	1218
Art. 382	APROPIACIÓN IRREGULAR	1219
Art. 383	TENENCIA INJUSTIFICADA DE GANZUAS O LLAVES FALSAS	1221
Art. 384	FABRICACIÓN, VENTA O ENTREGA DE LLAVES O GANZUAS	1222
Art. 385	VENTA O ENTREGA DE INSTRUMENTOS APTOS PARA ABRIR CERRADURAS	1224
Art. 386	APERTURA INDEBIDA DE CERRADURAS	1225
Art. 387	ADQUISICIÓN DE COSAS DE ORIGEN SOSPECHOSO (DEROGADO)	1226
Art. 388	OBJETOS DE ILEGÍTIMA PROCEDENCIA	1226

**CAPÍTULO IV FALTAS RELATIVAS A LA FAMILIA, BUENAS COSTUMBRES Y AL
DECORO PÚBLICO**

Art. 389	INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA MORAL	1228
Art. 390	SUMINISTRO INDEBIDO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS	1231
Art. 391	SUMINISTRO INDEBIDO DE PRODUCTOS INDUSTRIALES O FARMACÉUTICOS	1232
Art. 392	ACTOS CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES Y AL DECORO PÚBLICO	1235

CAPÍTULO V FALTAS RELATIVAS AL ORDEN Y TRANQUILIDAD PÚBLICA

Art. 393	INOBSERVANCIA DE LAS PROVIDENCIAS DE LA AUTORIDAD	1245
Art. 394	USO INDEBIDO DE INSIGNIA O CONDECORACIÓN	1247
Art. 395	PERTURBACIÓN DE LOS LUGARES EN QUE SE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS	1248
Art. 396	MENOSPRECIO A LOS SÍMBOLOS PATRIOS	1250
Art. 397	PERTURBACIÓN DE LA TRANQUILIDAD PÚBLICA O PRIVADA	1251
Art. 398	PELIGRO DE LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS	1258

CAPÍTULO VI	FALTAS RELATIVAS AL RESPETO DE LOS DIFUNTOS	
Art. 399	VIOLACIÓN DE SEPULCROS	1261
Art. 400	PROFANACIÓN DE SEPULCROS	1262
Art. 401	MENOSPRECIO DE CADÁVERES	1263
Art. 402	PERTURBACIÓN DE UN FUNERAL O SERVICIO FÚNEBRE	1264
Art. 403	SUSTRACCIÓN O APODERAMIENTO DE CADÁVERES ..	1265

TÍTULO FINAL DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 404	PROCESOS PENDIENTES	1266
Art. 405	SENTENCIAS EJECUTORIADAS	1268
Art. 406	RÉGIMEN ESPECIAL DE MENORES	1271
Art. 407	LEY MÁS FAVORABLE	1272
Art. 408	DISPOSICIÓN FINAL. DEROGATORIA	1272
Art. 409	VIGENCIA	1272

REFORMAS.

Bibliografía referida en los comentarios de los artículos 1 al 127 CP.

Referencias bibliográficas correspondientes a las Notas de Actualización de los artículos 128 al 205 CP.

Bibliografía referida en las Notas de Actualización de los artículos 207 al 302 CP.

Bibliografía referida en las Notas de Actualización de los artículos 303 al 367-A CP.

LIBRO I

PARTE GENERAL

TÍTULO I

GARANTÍAS PENALES MÍNIMAS Y APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

CAPÍTULO I

DE LAS GARANTÍAS PENALES MÍNIMAS

1

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1

Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad.

No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal.

El precepto tiene su concordancia constitucional más precisa en el art. 15, que señala como referencia para el enjuiciamiento de la persona la ley promulgada “con anterioridad al hecho de que se trate”.

Es igualmente el más eficaz instrumento del principio de seguridad jurídica plasmado en el art. 1 del texto constitucional.

Se consagra a la ley como límite y definición del ejercicio de la libertad de la persona (art. 8).

El principio de legalidad cumple dos funciones esenciales en el Estado democrático:

- Es una exigencia de la *seguridad jurídica*, que sólo existe si la persona tiene una posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas.
- Es una *garantía política* para el ciudadano, a quien ni el Estado ni los jueces podrán someter a consecuencias por sus actos que no hayan sido antes queridas por los representantes de la soberanía popular, encargados de la elaboración de las leyes.

El precepto recoge el principio de legalidad desde una doble dimensión:

- La *garantía criminal*: la conducta penalmente relevante (el delito, en sentido amplio) ha de estar determinada por la ley.
- La *garantía penal*: la ley ha de señalar la pena o medida de seguridad que corresponde al hecho cometido.

La norma jurídica en que se concreta este principio debe reunir los siguientes requisitos para atender adecuadamente a las garantías que está llamada a brindar:

2

1) *Prohibición de la retroactividad*: Es la “ley previa” a la que se refiere el precepto. La persona debe poder saber cuando actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna pena y cuál sea ésta, por lo que está proscrita la aplicación retroactiva de las leyes que castigan nuevos delitos o que agravan la punición de los anteriores.

Consecuencia de lo anterior es que esté permitida la retroactividad de las leyes penales más favorables, es decir, aquellas que, bien suprimen un delito, bien atenúan una pena.

El requisito viene expresamente consagrado en el *art. 21 de la Constitución* y en el *art. 14* de este Código.

2) *Necesidad de precisión*: La ley ha de determinar de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden llevar consigo. Este imperativo se traduce fundamentalmente en dos consecuencias:

- La *definición de las conductas* ha de hacerse e interpretarse de *forma estricta*, de manera que su estructura sea la suma de una serie de elementos que necesariamente han de concurrir en la realidad para que el delito pueda entenderse cometido.

- La presencia de lo anterior lleva a la *imposición de la pena*, sin que en su determinación el juez obre con absoluto arbitrio, sino que actúa sometido a los límites de la legalidad, que es la que debe precisar la *duración y entidad concreta* de la pena, sin perjuicio de la individualización de la misma en la fase de ejecución.

Consecuencia directa de la invocación a una norma penal “precisa e inequívoca” es el segundo párrafo del precepto, que recoge la prohibición de la analogía en contra del reo.

Cualquier norma, como reflejo de un determinado pensamiento, precisa de una interpretación que busque el sentido del texto y ello se llevará a cabo durante la labor de aplicar la norma; en ocasiones la realidad no está estrictamente reflejada en la norma, pues, lógicamente, sus posibilidades siempre superarán las previsiones posibles de quienes las elaboren.

Fruto de ambos postulados es la analogía, que supone la aplicación de la norma penal a un supuesto que no está comprendido expresamente en la norma, una vez depurada su interpretación, pero que sí resulta *similar* a otros supuestos que se hallan comprendidos en dicha norma.

3

La propia naturaleza restrictiva de la ley penal (en cuanto comporta consecuencias represivas, por lo que el propio derecho penal debe ser entendido como la última respuesta para la solución de conflictos) impone que *no será admisible una aplicación analógica de la norma que suponga perjuicio para el reo y sí cuando tenga como consecuencia su favorecimiento*, sin que esto último suponga en absoluto una interpretación y aplicación pietista del derecho penal.

Los preceptos que comportan analogía en favor del reo pueden tener una interpretación extensiva, mientras que los que suponen una extensión analógica de los supuestos fácticos incluidos en el tipo penal deben ser objeto de una interpretación estricta.

JURISPRUDENCIA.

“No hay duda que el art. 11 de la Constitución reconoce el antiguo principio de legalidad que prohíbe que una pena sin un juicio previo con todas las garantías. Este principio que suele expresarse con el aforismo *nulla poena sine iudicio* o *sine previo legali iudicio*, junto con los que enuncian *nullum crimen sine lege* *nulla poena sine lege* y *nulla poena sine culpa*, constituyen el cuádruple fundamento de la legalidad sancionatoria o punitiva en todo Estado de Derecho. (Inconstitucionalidad, 17-12- 92)”

“Sobre la expresión ley contenida en el párrafo anterior, no debe obviarse que –en virtud de los principios de supremacía constitucional y regularidad jurídica, ya explicados en considerando previos– la norma legal debe ser conforme en forma y contenido, a los preceptos constitucionales; en consecuencia, la atribución de una norma legal a un órgano de potestades que constitucionalmente no le pertenecen significaría actuar –por la Asamblea Legislativa– al margen de la normativa primaria. (Inconstitucionalidad, 17-12-92)”

4

“El principio de legalidad adquiere manifestaciones concretas en el Derecho Penal, ámbito donde tiene enorme relevancia y desempeña un papel de primer orden como garantía de los derechos fundamentales de la persona humana. Tales manifestaciones, señaladas por la doctrina y aquí reseñadas en apretado resumen, consisten básicamente en las garantías derivadas de tal principio: (a) la garantía criminal, como seguridad que nadie será sancionado por hechos que no hayan sido previamente tipificados como hechos punibles por la ley penal; (b) la garantía penal, como seguridad que a nadie se le impondrá otra pena que la prevista en la ley penal para el respectivo delito; (c) la garantía jurisdiccional, es decir la seguridad de que a nadie se le impondrá la pena prevista por la ley para el hecho penal atribuido, sino como consecuencia de un proceso jurisdiccional que tenga por objeto la comprobación de la existencia de tal delito, y la averiguación de quien lo haya cometido a fin de sancionar al culpable; y (d) la garantía ejecutiva, en el sentido que a nadie se le aplicara la pena en grado diverso o de modo diferente a la regulación específica que para tal efecto se haya hecho previamente en la ley, especialmente la ley penitenciaria. (Inconstitucionalidad, 14-02-97)”

“A efectos de esta sentencia interesa la denominada garantía criminal, que también se engloba en el aforismo *nulla poena sine lege scripta* el cual significa que los delitos y las penas sólo se pueden crear por ley, excluyendo por tanto la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho como fuentes directas del Derecho Penal. Tomando en cuenta el anterior marco conceptual, es necesario ahora considerar los alcances y límites que el principio de legalidad adquiere en el derecho penal, especialmente en lo relativo a la tipificación de las conductas delictivas, pues si se considera la manifestación que el mismo adquiere en el Art. 1 CP –en el cual se exige la previsión en forma “precisa e inequívoca” de los hechos punibles– ello obliga a determinar el significado de tales expresiones. Para tal fin en primer lugar hay que recordar que, como exponen Miguel Alberto Trejo et. al. en un sentido amplio el tipo penal “abarca la totalidad de los presupuestos materiales de la punibilidad”, y, en este sentido, se concibe como un tipo garantía que abarca todos los elementos que condicionan la aplicación de la pena”. A tal caracterización del tipo penal hay que agregar que los alcances y límites del principio de legalidad en materia de tipificación de conductas delictivas, está determinado por el nivel de generalidad ínsito en la

construcción en abstracto de los elementos que configuran la situación elevada a la categoría de delito por el legislador; y no es posible exigir al legislador el nivel de concreción propio de la realidad que valora el juez. De lo anterior se concluye que siendo el tipo penal una construcción lógica de la situación hipotética conminada en abstracto con la imposición de una pena, la misma debe hacerse con el mayor nivel de precisión y claridad que permitan los marcos o límites de tal construcción, lo cual no puede llevar a exigir al legislador a un nivel de precisión que sólo puede ser hecho por el juzgador a la vista de la situación fáctica que le corresponde decidir. (Inconstitucionalidad, 14-02-97)”

“Pero en el presente caso, hay que hacer un análisis a partir de la necesidad que la tipificación legal sea determinada lo suficiente para garantizar la seguridad jurídica de los gobernados, a efecto de concluir si la disposición impugnada constituye un tipo penal abierto. Ilustrativo resulta sobre este tema, lo decidido por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 102/94 del diecisiete de mayo de ese año, en la cual dijo que: “El principio de legalidad, exacerbado en el ámbito del *ius puniendi* del Estado y de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas (...) exige la presencia anterior al hecho incriminado de una Ley, vedando cualquier tentación de *lex ex post facto*, que además debe tener el suficiente grado de precisión, inteligibilidad y de certeza en la configuración de cada tipo penal o descripción estereotipada de conductas punibles, sin que resulten admisibles desde esta perspectiva las configuraciones difusas por excesivamente genéricas”. Ya que la tipificación necesariamente debe realizarse por medio de una ley, si esta reviste el carácter de ser “incompleta y variable” se concluye que la misma no cumple con el requisito de previsión precisa e inequívoca que se exige para la tipificación, requisito que deriva del principio constitucional de legalidad. Y es que, si el tipo penal abarca todos los elementos que condicionan la aplicación de la pena, tal descripción debe identificar adecuadamente la conducta punible, en la medida que sea necesaria para cumplir con los requerimientos del principio de legalidad. (Inconstitucionalidad, 14-02-97)”

“Aunque es frecuente identificar esta última –corrección estructural– con el principio de legalidad, su alcance se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico al propiciar, una interpretación del término ley (y) se desglosa en los requisitos de: (a) ley promulgada, por que lo que define a la ley no es sólo el ser un precepto general justo y estable, sino el haber sido objeto de adecuada promulgación; la cual responde a la demanda de publicidad de la norma, es decir a la posibilidad de ser conocida por aquellos a quienes obliga su cumplimiento; (b) ley manifiesta, es decir, la ley debe ser clara para que a nadie induzca a error por su oscuridad; dicha claridad normativa requiere una tipificación unívoca de los supuestos de hecho, que evite en lo posible el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias

jurídicas con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del derecho: (c) ley plena, (lo cual significa) que no se producirán consecuencias jurídicas para las conductas que no hayan sido previamente tipificadas; (d) ley previa, por que el derecho a través de sus normas introduce la seguridad en la vida social, al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos; y (e) ley perpetua, en tanto que la tendencia de las normas jurídicas hacia la permanencia se conecta con el principio de su irretroactividad y cristaliza en dos manifestaciones: la cosa juzgada, que atribuye firmeza a las decisiones judiciales no susceptibles de ulterior recurso, y los derechos adquiridos que amparan las situaciones jurídicas surgidas de acuerdo con la legalidad vigente en el momento de su conformación, frente a eventuales cambios legislativos que pudieran incidir retroactivamente en ellas. (Amparo, 09-02-99)”

6

“El reglamento puede, pues, ampliar la materia regulada por ley pero sin afectar el orden general de competencias constitucionales, apelando sencillamente a la colaboración propia de las dos fuentes normativas escritas, colaboración articulada siempre sobre la base del papel subordinado y complementario de la segunda de ellas a la primera (...) El concepto de reglamento de ejecución posee una significación típica: la ley dicta la regulación de una materia dejando a la Administración que establezca mediante un reglamento las normas necesarias para su ejecución concreta (...) La sumisión del reglamento a la ley es absoluta en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos –como antes se dijo– ni puede suplir a la ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido (...) El texto constitucional contiene una implícita pero inequívoca opción valorativa a favor de la ley y en un relegar al reglamento a un segundo nivel, lo cual prácticamente se traduce en un principio pro lege, esto es de preferencia del empleo de norma con rango de ley; pues ley y reglamento no son instrumentos intercambiables y el principio democrático impide que la ley quede excluida de dicha disciplina (...) El reglamento de ejecución responde al principio *secundum legem*, dado que desarrolla y ejecuta la ley dentro de ciertos límites; la ley que ejecuta es la que determina el contenido del reglamento, pues la finalidad de éste consiste en aclarar, precisar y complementar la ley, o bien llenar y prever aquellos detalles que fueron omitidos en la misma (...) la sumisión del reglamento a la ley que ayuda a ejecutar tiene tres consecuencias: (a) el reglamento no se puede emitir más que para facilitar y asegurar la aplicación de la ley; (b) dicho reglamento no puede entrar en contradicción con los preceptos de la ley; y (c) el reglamento no puede suplir a la ley allí donde ésta no existe, aunque el presidente de la República considere necesario regular un cierto contenido (...) Las disposiciones reglamentarias no pueden regir sino hacia el futuro y el reglamento como fuente, no puede entrar a regular aspectos

que explícita o implícitamente se tengan como reservados para la ley en sentido formal. (Inconstitucionalidad, 16-05-00)”

“La reserva de ley supone una garantía para que la regulación normativa de determinadas materias se efectúe por el Órgano Legislativo, como modo de asegurar, por otro lado, que su adopción venga acompañada necesariamente de un debate público en el que puedan concurrir libremente los distintos representantes del pueblo. La reserva de ley es la garantía de que un determinado ámbito vital de la realidad, depende exclusivamente de la voluntad de los representantes de aquellos involucrados necesariamente en dicho ámbito: los ciudadanos. (Inconstitucionalidad, 22-10-01)”

“Con relación a la libertad –y en parte con el patrimonio– también está reservada a la ley la elaboración del catálogo de los delitos y las penas, como supuestos que habilitan al Estado a privar de la libertad, vía pena de prisión, o a afectar el patrimonio, vía pena de multa; y es que desde Beccaria la teoría del delito ha establecido que las conductas delictivas deben estar previamente tipificadas por una ley formal, de manera que no se puede crear por medio de un decreto ejecutivo, sino que debe concurrir la voluntad del pueblo, a través de sus representantes, señalando el tipo de conductas que se quiere que sean sancionadas para el resguardo de la paz social, sea con pena de prisión, con inhabilitación, con una medida de seguridad, o bien con una multa pecunaria. (Inconstitucionalidad, 06-09-01)”

7

“Respecto al primero de los motivos es necesario recordarle al recurrente que en algunos casos el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica del tipo penal se integra con otros preceptos complementarios, al respecto la doctrina penal advierte que esta situación de alguna manera presenta problemas de seguridad jurídica poniendo en riesgo el principio de certeza que informa la norma penal, Art.1 Pn. (Casación, 17-01-03)”

“En ese sentido, esta Sala señala que el juicio de tipicidad acerca de la conducta atribuida a los procesados debió expresarlo el juzgador en la sentencia, posteriormente al cumplimiento de todas las etapas que integran la vista pública. (Casación, 14-05-03)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Conviene destacar la jerarquía esencial del principio de legalidad, como uno de los axiomas más importantes de la sistemática penal, y su conexión con todos los demás principios lo cual lo erige como principio rector. En su formulación más proverbial, dicho apotegma establece la garantía de *“Nulla poena sine lege, Nulla poena sine crimine, Nullum crimen sine poena legali”* cuya formulación corresponde a Feuerbach en el

sentido siguiente: “I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena; II) La imposición de una pena esta condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende es mediante la ley como se vincula la pena al hecho como presupuesto jurídicamente necesario; III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*Nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente el mal, como consecuencia jurídica necesaria se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica” (Feuerbach von, 1989: 63).

8

La concepción del principio de legalidad, se fundamenta en una limitación respecto del poder configurativo del orden penal, de ahí que mediante el desarrollo de la estricta legalidad, es posible tutelar aspectos vitales del ser humano, como lo son la libertad y la igualdad (Naucke, 1999: 533/535) en cuanto al primero, tiene inusitada relevancia la llamada cláusula de reserva, por medio de la cual, a los gobernados lo que no les esta prohibido por la ley, les esta permitido (artículo 8 Cn) y ello indica que, en el ámbito del derecho penal, únicamente las conductas desmerecidas de manera posterior con rango de prohibición (delito o falta) serán las que limitaran las esferas de libertades de las personas. En cuanto a la igualdad, el principio de legalidad, impone que la construcción del supuesto de hecho, se enuncie de una manera general, respecto de las acciones u omisiones que deben quedar comprendidas en el tipo penal, evitándose con ello una formulación personal en la construcción típica, que pueda después derivar en un derecho penal de autor. Si el anterior, fundamento es de índole política (Ferrajoli, 1997; 36); en la cuestión dogmática la función del principio de legalidad, esta impregnada de un carácter valorativo, que esta vigente inclusive en la época actual, puesto que sólo resulta legítimo prohibir y sancionar, aquellos hechos que pueden ser conocidos por los destinatarios, es decir, de que conductas las personas se deben abstener de realizar y cuales les están permitidas ejecutar.

Actualmente la formulación del principio de legalidad, se ha extendido a toda la sistemática penal, cubriendo todas las áreas, desde el derecho penal de fondo (parte general y especial) abarcando el ámbito del derecho procesal, del derecho de ejecución de penas, de las leyes penales especiales, y del derecho administrativo sancionador. Aquí sólo interesa destacar lo concerniente al derecho penal de fondo, y en cuanto al mismo, la construcción del principio de legalidad, impone que la ley penal en cuanto a la legitimidad de su aplicación, debe ser escrita, previa, cierta y estricta, siendo que tal cuádruple formulación es aceptada por la doctrina penal de manera unánime (Cobo del Rosal, Vives Antón, 1996; 66; Villavicencio Terreros 1997: 125; Stratenwerth 1982: 29-30).

1) Garantía de ley escrita. La primera formulación, corresponde a que no puede configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, sin ley escrita, en el precepto se dice “Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito...”. Se reconoce por la extensión de este axioma, al menos dos cuestiones relevantes: a) la primera de ellas, esta dirigida al poder que emite las normas de carácter penal, que en nuestro caso, la Constitución lo determina al órgano legislativo, lo anterior significa, que la criminalización de conductas elevadas a la categoría de hecho punible como delitos o faltas, y las sanciones que le estén asociadas, es exclusiva y esta reservada al poder legisferante; de ahí que a los otros poderes, les este excluida en el orden penal, esta facultad de configurar conductas delictivas, o crear penas o medidas de seguridad. La importancia de la ley escrita, alcanza su completa dimensión, cuando se examina como garantía política de la separación de poderes, por lo cual únicamente al poder legislativo, le esta atribuida en materia de derecho penal, la creación de delitos y penas, siendo en este punto relevante abordar la cuestión de la denominada leyes o tipos penales en blanco, que se conectan de manera decisiva a este punto.

Digamos que una de las excepciones al principio de ley escrita, son las leyes penales en blanco, por estas se entiende: aquellas leyes que sólo tenían un precepto relativamente determinado, los cuales para perfeccionar de manera completa el mandato se remitían a otros textos. (Binding, 1975: 65). Es decir, las leyes penales en blanco, son supuestos de hecho, que en el tipo penal no están completos, necesitándose de una remisión a otra fuente normativa, para colmarlos en su contenido. Es importante distinguir entre leyes penales en blanco propias e impropias, puesto que las consecuencias son diferentes. Los tipos penales en blanco impropias, son aquellas que se completan, por una remisión a una fuente normativa de la misma jerarquía, y en tal sentido no presentan problemas respecto del *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, por cuanto la unidad de la fuente emisora de la ley se mantiene, quedando a salvo el principio de reserva de ley como fundamento político de la separación de poderes. Son estos los casos de remisión de una norma penal a otra norma penal en la intrasistémica del código penal (como en el caso del artículo 162 CP que dice “Los delitos a que se refieren los cuatro artículos anteriores...); o de reenvío de una norma penal a otra ley secundaria (por ejemplo el artículo 224 CP que hace remisión a una ley especial).

En cambio en las llamadas leyes penales en blanco propias, la remisión ya no es a la misma jerarquía de fuente normativa, sino a otra, que aunque tiene un sustrato material normativo, no lo es, en rango de ley secundaria; normalmente estas facultades están circunscritas a la potestad reglamentaria, que es propia del poder ejecutivo, de ahí que tal reenvío involucra el principio de reserva de ley, puesto que la tipicidad se termina colmando por otro órgano de poder en este caso el ejecutivo. Sobre este punto en

extremo delicado, casi de *communi opinio* la doctrina ha entendido justificada la utilización configurativa de las leyes penales en blanco propias (Doval Pais, 1999: 139/156) señalándose, que la mutabilidad de las circunstancias en el ámbito de la protección de ciertos bienes jurídicos (económicos-industriales-ecológicos-asegurativos laborales-culturales-de protección al consumidor-de seguridad colectivos) requieren de una tutela especial, según las modificaciones que se presenten en la realidad, puesto que conductas, en principio inofensivas, pueden posteriormente, según la variación de las circunstancias, tornarse en nocivas respecto de la afección a bienes jurídicos, de ahí la necesidad que se propugna, para la tutela de dichos bienes, mediante el reenvío de la ley penal, hacia normas reglamentarias que son más dúctiles en su formulación (CURY, 1988: 50/54).

10

En atención a lo anterior se han formulado ciertas condiciones (Zuñiga Morales, 2001:26/27) por las cuales, la formulación de las leyes penales en blanco, guardan su conformidad, con el principio de separación de poderes y de reserva de ley del poder legisferante, en el sentido que, siendo necesario formular tipos penales en blanco, tal decisión debe respetar, como mínimo ciertos presupuestos, en la relación del reenvío de ley penal que es norma secundaria, a la otra fuente de distinta jerarquía; dichos requisitos en la configuración del tipo penal son los siguientes: (I) Que la determinación esencial de la conducta, se encuentre en la norma que reenvía, y no en la norma referida o receptora. Lo cual denota, que la materia de prohibición que constituye el sustrato fundamental del tipo penal, es la que debe quedar reservada, en cambio las circunstancias periféricas, son las que pueden remitirse. Así, la conducta –acción u omisión–; el núcleo rector de la misma –la construcción verbal primigenia–; la modalidad de la misma –dolosa o culposa–; la constitución de otros elementos subjetivos; el objeto jurídico de protección; la determinación de calidades especiales en la autoría; no pueden reenviarse, para ser completadas por la norma referida, y deben estar ya previamente establecidas en el tipo penal en blanco. Por el contrario, una modalidad en la misma forma de ejecución, siguiendo la conducta nuclear, o la inclusión de otro objeto material de la acción, así como condiciones objetivas de punibilidad, si pueden ser materia de reenvío; (II) la pena como consecuencia jurídica del delito, no puede en ningún caso ser objeto de reenvío, de ahí que, la misma siempre tiene que quedar estatuida, en el tipo penal en blanco, sin que ni cuantitativamente ni cualitativamente –en su especie, *quantum* y forma– pueda ser colmada por la norma de complemento; (III) El reenvío debe estar determinado de manera clara y precisa, es decir la habilitación de la norma penal, extendiéndose hacia otra fuente normativa debe ser una decisión expresa del legisferante; (IV) La parte complementaria de la norma referida –por ejemplo la disposición reglamentaria– debe construirse, de la manera más idéntica posible, a la formulación del tipo penal en blanco, en tal sentido, si el supuesto de hecho del tipo penal es prohibitivo, de esa misma manera debe enunciarse la norma receptora; (V) la

prohibición de doble reenvío, es decir la norma complementaria, no puede hacer un nuevo reenvío a otra fuente normativa.

b) La otra consecuencia importante de la garantía de ley escrita, es la prohibición de la aplicación de la costumbre, es decir, que ni la materia de prohibición, ni la consecuencia jurídica que se asocie a ésta, puede estar construida en manera alguna a partir de prácticas costumbristas, de ahí que, en la configuración de las conminaciones penales o en su aplicación, ninguna formulación de la costumbre podría admitirse; ni aquella que sirve para completar o integrar la ley (*Secundum legem*) ni mucho menos aquella costumbre que construye los casos no previstos por la ley (*Praeter legem*) ni la llamada costumbre *Contra legem* que es aquella que es antitética a la ley. Así, el principio de ley escrita –vinculado si se quiere a la codificación o modelo del *civil law* o continental para anteponerse al *common law*– proscrib el uso de la costumbre en la aplicación de la ley penal, cuestión que esta también bastante vinculada a la interpretación de las normas penales. Por dicha interdicción por ejemplo, se ha pronunciado Jakobs al decir: “En lo que concierne al principio de legalidad, éste no cabe eludirlo nunca mediante el derecho consuetudinario, dado que el quebrantamiento de principios del Estado de derecho no llega a convertirse en derecho por que tenga conforme al uso prolongado y *optima fide*. (Jakobs, 1997: 108 a 109).

11

Sin embargo debe hacerse una matización, la valoración de cuestiones culturales que impacten en las cuestiones de la apreciación de la culpabilidad personal, si pueden ser apreciadas siempre que sean de favorabilidad al justiciable, y ello resulta comprensible, en cuanto esas valoraciones que por vía cultural, permiten una consideración de la costumbre, no significa expansión perjudicial del poder penal, que es precisamente lo que prohíbe el principio de legalidad; y la restante cuestión, atañe a que los fenómenos culturales, en relación con la costumbre, constituyen un evento relevante en la realidad de las personas, por lo que no es posible excluirla en la consideración. Sobre tal aspecto se informa: “En cambio se admite el derecho consuetudinario que repercute en provecho del reo, como por ejemplo mediante la creación de nuevas causas de justificación” (Jescheck, 1993: 119).

2) Garantía de ley previa. La égida de este principio, radica en la irretroactividad de la ley penal, lo cual significa que en materia de restricción de derechos fundamentales, por medio del derecho penal, la tipificación del hecho punible en cuanto delitos o faltas, y las sanciones que se les asignen ora penas o medidas de seguridad, únicamente pueden dirigirse, hacia hechos posteriores a la formulación de la conminación penal, las conductas anteriores si no están criminalizadas, no pueden ser objeto del derecho penal aunque sean contrarias a la moral, a la ética o constituyan ilicitudes no penales; en la formulación preceptiva, esta garantía se contiene en el mandato “Nadie puede ser

sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa...”. Se opone este principio a la aplicación retroactiva de la ley penal, ella de ordinario es irretroactiva salvo que sea favorable al justiciable.

La irretroactividad de la ley penal por desfavorable, puede abarcar diversos supuestos:

a) las cuestiones atinentes a la parte general del derecho penal, quedan cubiertas por esta garantía, cualquier situación que importe desfavorabilidad, en el sentido de una mayor restricción a los derechos, libertades y garantías de los gobernados, importa una prohibición de retroactividad. Por ejemplo cuestiones atinentes a la autoría, a la tentativa, a situaciones concursales, a las penas, a las medidas de seguridad, a las causas que excluyen la responsabilidad penal, etcétera, si en determinados supuestos se construyeran de manera más limitativa, las mismas por ser desfavorables quedarían cubiertas por el ámbito de la irretroactividad de la ley penal; b) la configuración del tipo penal, también queda resguardada, de ahí que la modificación del supuesto de hecho, por nuevos elementos del delito, en cuanto sean desfavorables, únicamente pueden imputarse a hechos subsecuentes que sean típicos de acuerdo a esa modalidad; c) la punibilidad también queda tutelada, por la irretroactividad de la ley penal, aquellas configuraciones posteriores que afecten este ámbito tornándolo desfavorable, no pueden aplicarse en virtud del principio de ley previa; d) la configuración de las penas y medidas de seguridad, quedan especialmente tuteladas por este principio; siendo perjudicial, es decir más limitadora de los derechos del destinatario, las consecuencias jurídicas del delito, no pueden aplicarse de manera retroactiva, y ello vale tanto para las cuestiones cuantitativas de la pena, es decir el merecimiento en abstracto que se fija en cada tipo penal; como para las cuestiones cualitativas de la pena, es decir las formas de cumplimiento, en cuanto modalidades de ejecución penal, al ser desfavorables las mismas, no pueden aplicarse por que las condiciones cualitativas de la pena, son de la esencia de esta forma de restricción de derechos. Un ejemplo abonara a lo anterior, por decreto legislativo Número 486 del 18 de junio de 2001, se reformó el contenido de la pena de prisión, en el artículo 45 Numero (1) CP, estableciendo un régimen de internamiento especial –aislamiento– esa medida de política penal –sin considerar su constitucionalidad – es manifiestamente más restrictora de los derechos de los justiciables, en tal sentido, es desfavorable y no puede aplicarse retroactivamente a hechos anteriores a la vigencia de la misma.

Otra cuestión importante, es la excepción a la irretroactividad de la ley penal, la cual se cimienta en la favorabilidad de la ley posterior, lo que permite aplicar la nueva norma penal con carácter retroactivo, aquí es importante indicar, que además del sustento constitucional que impone el artículo 21 Cn; tal principio también es esta reconocido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 9 de la Convención Americana sobre derechos humanos.

El otro ámbito de aplicación en materia de retroactividad, lo constituye la llamada ultractividad de la ley penal, por el cual una norma penal más favorable, que ha sido derogada, puede ser aplicada si la norma posterior es más desfavorable, la limitación más sensible que tiene la ultractividad de la ley penal, es el momento de ejecución del hecho, el cual debe haber sucedido en la vigencia de la ley anterior favorable, si ello es así la nueva norma se torna irretroactiva y la anterior se vuelve ultractiva. De ahí que, si el hecho sucede con el advenimiento de la nueva ley penal, aunque esta sea desfavorable debe ser aplicada con una sola limitación para su aplicación, la norma reciente, debe ser conforme con la constitución, es decir debe respetar los principios, derechos, libertades y garantías que la Constitución estatuye, si hay simetría de la nueva ley, con la normativa constitucional, aunque sea desfavorable el precepto debe ser aplicado, y en este caso no puede aplicarse la ultractividad de la ley anterior por que los hechos sucedieron en la vigencia de la normas posteriores.

3) Garantía de ley cierta. Este imperativo del principio de legalidad, exige que los tipos penales se formulen, de una manera tal, que los hechos prohibidos o mandados, estén descritos de manera precisa, como se nota, la exigencia de esta formulación, esta explicitada sobre la actividad configurativa del legisferante, que tiene el deber de construir tipos penales de manera clara y determinada, con lo cual, se destierran las formulaciones indefinidas o mediante cláusulas genéricas, que no importan una verdadera descripciones de las conductas humana, con las modalidades que le sean atinentes y con la constitución de elementos verificables en la realidad; si bien es cierto, que este ámbito de exigencia, es respecto del poder legislativo en la configuración de lo punible, el control del mismo es tarea del poder judicial, puesto que la garantía de ley cierta o mandato de certeza, como también se le conoce, esta directamente conectada en el ámbito externo, con el derecho fundamental de seguridad jurídica, los gobernados tienen el derecho a saber con la mayor asertividad, cual es el comportamiento que se prohíbe o se manda por las leyes; la oscuridad o la vaguedad en la formulación de las normas penales, compromete de lleno este principio, y en términos sistemáticos, hace ilusoria la función preventiva del derecho penal, por que quien no sabe de que debe abstenerse, como podrá cumplir la prohibición o el mandato que se le impone.

En la formulación de la garantía, el mandato de certeza se encuentra preceptuado cuando se dice que “Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca...”. De ahí que, la exigencia de que el tipo penal, formule una descripción cierta, se opone a la construcción de los llamados “tipos penales abiertos”, los cuales se caracterizan por su indeterminación, en cuanto a las prohibiciones o mandatos que formulan; lo cual lleva a la construcción de figuras inexactas en materia de tipología penal, y ello permite al aplicador, una discrecionalidad que no es legítima. Son tipos abiertos aquellos: “en los que falta una

guía objetiva para completar el tipo, de manera que prácticamente de la mano del texto legal no podría hacerse una distinción entre comportamiento prohibido y permitido. No obstante la teoría de los tipos abiertos debe ser rechazada, pues si el tipo se concibe en el sentido de clase de injusto (Unrechtstypus), sólo puede ser imaginado como “cerrado” por que en otro caso le faltaría precisamente la característica propia del typus” (Jescheck, 1993: 223).

14

Tan importante es la garantía del mandato de certeza respecto del tipo penal, que modernamente, también se le señala como garantía de tipicidad, lo cual indica que no puede haber delito sin tipicidad, es por ello que, en la construcción del tipo penal, están interdictas la utilización de cláusulas genéricas, gaseosas o porosas, es decir sin sustrato fáctico, que permita una precisión de las conductas desmerecidas, que ya no pueden ser configuradas de manera difusa, genérica o confusa, la ley debe cumplir el mandato de certeza o de taxatividad (Quintero Olivares, 1998, 122) Una ilustración clara, de estas fórmulas vagas en la tipificación son las siguientes: “el comportamiento dañoso al pueblo”; “la maquinación para alterar la energía y la pureza de los principios revolucionarios y republicanos”; “el sabotaje a la legalidad soviética o propaganda antisocialista”; estas fórmulas vacías de contenido, acuñadas de lege ferenda son similares a las utilizadas en tiempos no remotos por conminaciones penales que establecían como prohibido “la contrariedad de doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia” o en su caso de “propaganda subversiva”; actualmente se han diseñado formulas con ese defecto de indeterminación por ejemplo: “aquella agrupación de personas que actúen para alterar el orden público o atentar contra el decoro y las buenas costumbres”; “amedrente u hostigue de cualquier forma”etcétera.

4) Garantía de ley estricta. Dicho axioma derivado de la estricta legalidad, tiene como finalidad primordial, conjurar del ámbito del derecho penal, la aplicación analógica de la ley penal, en el sentido que por la misma se configuren los preceptos penales mediante la hermenéutica judicial. Sin embargo –como se ha reconocido– los límites de esta actividad son sumamente complejos, puesto que involucran la labor de interpretación de las normas, desde una perspectiva comunicacional, por la necesidad de construcción de las normas penales, mediante la simbología del lenguaje (Roxin, 1997: 147; Hassemer, 1984: 336). El pensamiento penal ha sustentado que, en virtud de este principio, lo que resulta proscrito, es la creación analógica de la ley penal, incluyendo las cuestiones atinentes a las consecuencias jurídicas.

Por último debe enunciarse, que esta tutela reforzada del principio de legalidad en cuanto al precepto examinado, encuentra pulcramente su diseño, mediante el mandato imperativo de prohibición de aplicación analógica de la ley penal –inciso segundo del artículo 1 CP– que prohíbe no sólo la configuración de la conducta criminal, sino también

la imposición de penas o medidas de seguridad por analogía. Es relevante aquí indicar, que esta garantía se circunscribe, tanto a las llamadas normas penales incompletas, que se ubican en la parte general del código penal, incluidos los mismos principios o garantías penales mínimas, que han de ser interpretadas, bajo los postulados del principio de estricta legalidad, en el sentido de tipo garantía; como a las normas penales completas de la parte especial, que configuran los tipos penales, y de igual manera se extiende a los ámbitos de ejecución de la pena o de las medidas de seguridad.

2

PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA

Toda persona a quien se atribuya delito o falta, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

No podrán imponerse penas o medidas de seguridad, que afecten la esencia de los derechos y libertades de la persona o que impliquen tratos inhumanos o degradantes.

15

La persona humana es “el origen y el fin de la actividad del Estado” (*art. 1 de la Constitución*) y por tanto el respeto a su dignidad premisa imprescindible de su actuación.

En realidad, la mejor definición de la dignidad de la persona se halla en el conjunto de *derechos individuales* recogido en la *Sección primera del Capítulo I del Título II de la Constitución*: el estado de dignidad del ser humano sólo puede predicarse desde el pleno respeto a ese conjunto de derechos

La *dignidad personal* es el derecho que tiene todo ser humano a que se le reconozca como dotado de fin propio y no como un simple medio para los fines de otros; es un derecho innato que se funda en la igualdad específica de todos los hombres. Todo abuso significa lesión del derecho.

El preámbulo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* adoptada y proclamada por la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución de 10 de diciembre de 1948 la reconoce como base de la libertad, la justicia y la paz y su art. primero reconoce la igualdad en dignidad de todos los seres humanos. Prácticamente todas las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en El Salvador asumen este reconocimiento.

El precepto parte de la idea evidente de que el delito comporta una repulsa social que puede incitar a quienes están llamados a perseguirlo o castigarlo a llevar a cabo comportamientos que menoscaben la dignidad del sospechoso de haberlo cometido o del condenado por haberlo hecho, ello desde la equivocada premisa de que el delincuente pierde al delinquir su propia dignidad. Tal no sucede, sino que quien actúa sin respetarla y el Estado que lo propicia son los que pierden la propia y la legitimidad de su intervención. Por ello, la ley que regule estas actuaciones debe estar limitada e incluso proscribir comportamientos o pronunciamientos que a ello afecten.

El *primer párrafo* del precepto no es propiamente una norma de derecho sustantivo, sino una referencia a la dignidad como principio que debe informar los procedimientos que tengan por objeto conductas que puedan resultar penalmente relevantes, tanto en la fase de investigación policial, como en la de investigación y enjuiciamiento judiciales, como en la de ejecución de la pena o medida de seguridad impuestas. Su más concreta definición constitucional está en el *art. 11 de la Constitución* (garantía jurisdiccional y de libertad), los *arts. 12 y 13* de la misma (definición del “status” de garantías del detenido por su presunta implicación en hechos delictivos) y el *art. 19* (ámbito de la integridad personal en los actos de investigación de delitos), sin perjuicio de insistir en que sólo una *concepción integral del conjunto de derechos humanos* proporciona una adecuada lectura del concepto de dignidad.

16

El *segundo párrafo* recoge el límite que supone la *proscripción de la definición, imposición o ejecución de pena o medida de seguridad que conculque el estatuto jurídico de derechos y libertades de la persona* (la antedicha sección primera del capítulo primero del título segundo de la Constitución) o *suponga trato cruel, inhumano o degradante*, en los términos previstos en el *art. 5* de la también referida Declaración Universal de Derechos Humanos.

Deben tenerse como tales actuaciones la causación, sean cuales fueran 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. Para que el *trato sea “degradante”* debe ocasionar también al interesado -ante los demás o ante sí mismo- una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad.

La *calificación de una pena como inhumana o degradante* depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no debe acarrear sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o que provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena.

La *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de Nueva York, de 10-12-84*, la define como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otros, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia”.

JURISPRUDENCIA.

“Es necesario además hacer referencia a la relación de la política criminal con los principios constitucionales; a tal fin, podemos considerar que las premisas esenciales determinadas por la Constitución para el comportamiento estatal en general, y sus concretas manifestaciones en el ámbito penal son: B. En segundo lugar, el respeto a la dignidad de la persona humana, que es, a decir del Preámbulo de la Constitución, uno de los “fundamentos de la convivencia nacional”; y a los derechos fundamentales inherentes a ella, sobre todo por que nuestra Constitución se basa en una concepción personalista o humanista que –según expone Legaz Lacambra– en su esencia “significa dos cosas: una, que el derecho es obra del hombre; otra, que el derecho está al servicio del hombre”. Tal respeto no debe limitarse a una consideración formal o retórica, sino que traducirse en una efectiva tutela a los derechos fundamentales de la persona humana. (Inconstitucionalidad, 14-02-97)”

17

“Son derechos fundamentales o derechos humanos los que se encuentran intrínsecamente conectados con la dignidad de la persona humana, conexión que es deducible tanto del preámbulo de la Constitución Salvadoreña como del artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. (Inconstitucionalidad, 26-09-00)”

“La dignidad es un elemento perteneciente por definición, a la persona humana y siendo ésta el sustento de la estructura que conforma el cúmulo de derechos garantizados por el Estado, mal se haría en estimar que puede el mismo Estado ser titular de derechos fundamentales, como cualquier particular. (Ver también CIDH OC-4-84; 19-01-84. SER. A. No. 4) (Amparo, 29-03-01)”

Desde esos principios que permean a toda la Constitución y demás leyes, es obvio para nosotros, que la pena no puede legitimarse en nuestra República, como un acto de pura retribución de mal por el mal causado por el delito –según el sentido de doctrinas puramente idealistas– ni puede constituir un acto de venganza asumida por el Estado

y sus gobernados, que trata de infligir la mayor cantidad de daño la persona del condenado, ni puede ser un mero instrumento, que pretenda intimidar a los demás, al imponerse severas y despiadadamente sobre la persona que la habrá de padecer, instrumentalizándola de manera irrazonada, ni puede pretender la pena, aislar, castigar, o segregar a la persona humana, separándola, de la sociedad por considerar a la persona un delincuente con características especiales, al que deben infligirse más castigo (...) Para entender cuál es la función de la pena en el Estado Constitucional, debemos previo delimitar la visión que el tribunal tiene de la pena. La pena es la privación de uno o más derechos fundamentales de la persona encontrada culpable, por un delito, que se impone de conformidad con el orden jurídico y por autoridad judicial competente. Esta restricción impuesta por el imperio del Estado puede afectar la libertad, el honor, y los bienes de la persona condenada. Ahora bien, en el Estado constitucional –que no es el Estado de la arbitrariedad o de los excesos del poder o de poderes *solutis*– la pena de cómo privación de derechos, debe ser necesariamente proporcional en todos sus ámbitos, cuestión que atiende precisamente a la humanidad y dignidad de las personas, no debe olvidarse que la pena está dirigida y será impuesta sobre un ser humano, que aunque haya sido declarado delincuente, no pierde la dignidad que le corresponde como persona, de ahí que la pena debe ser proporcional e impregnada de humanismo para no degradar al hombre y para darle oportunidades de readaptación (...) Sin embargo la pena privativa de libertad no significa la pérdida absoluta de la libertad ambulatoria de la persona, ésta se mantiene relativizada al confinamiento del centro penal, más allá, no es legítimo intervenir en la libertad de la persona, puesto que ello constituye una carga excesiva que afecta ya la esencia de la dignidad de la persona, al anticipar un trato cruel e inhumano, puesto que trastoca la esencia de la libertad. (T.S. 3° S.S., 12-06-03)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Como bien se ha expuesto por Carrasco, el principio de dignidad humana, es un reconocimiento al ser humano, como centro y fin de toda actividad estatal; esta visión, es la que nutre desde la Constitución, a la garantía penal mínima de la dignidad humana, es por ello, que a estos preceptos, se les considera como normas penales constitucionalizadas, y por ende su aplicación es de máxima jerarquía, por cuanto son derivaciones directas de principios constitucionales; de ahí que sean estos axiomas, con rango de *norma normarum*, los que subyacen tras la configuración de tales garantías. La visión del principio de dignidad humana, es propia de un Estado de configuración profundamente democrático, que parte de una perspectiva humanista y personalista, por lo cual, todo el orden penal debe responder a este principio, tanto en la creación de las conminaciones penales como en la determinación y aplicación de las sanciones que se asocian a los hechos punibles (Wolter, 1995, 39/43).

El principio de dignidad humana, parte del fundamento, de que las personas están dotadas de un ámbito de libertad, por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana, y ello les confiere un plano de dignidad, este fundamento, se ha abordado desde diversos ámbitos como lo son el religioso, el ontológico, el ético y el social; y desde todos ello no obstante su heterogeneidad, hay una puesta en común, en el sentido que los seres humanos, deben ser respetados, en cuanto a su autonomía personal derivada de sus propia dignidad, y que por lo mismo, el Estado –y aquí se incluye el poder penal– no puede asumir fines trascendentes a los de la persona humana, siendo ésta siempre, el fin inmediato de toda actividad estatal incluida la actividad sancionadora estatal.

Como consecuencia del principio de dignidad humana, pueden aproximarse los siguientes fundamentos, que permean toda la actividad normativa incluida la penal:

a) En atención a la dignidad humana, la persona no puede ser discriminada, la producción normativa penal, debe respetar este ámbito de prohibición de discriminación, por cualquier motivo que sea, de tal manera que, las diferencias que se hagan en las conminaciones penales, no tienen que tener como referente, un trato discriminatorio, en cuanto afectación de derechos o libertades, en virtud de las condiciones personales, es por ello que, la tipología penal, siempre debe mantener un ámbito de generalidad, en los supuestos normativos, que impida una vocación, por formas de derecho penal de autor.

b) Que en virtud de la dignidad humana, la persona que se encuentre afectada en su condición, por circunstancias biofísicas o sociales, en ningún momento pierde dicha dignidad. En este fundamento, encuentra explicación, el inciso primero del artículo en comento; ciertamente el delito es una forma de afectación de índole ético-social, en la persona humana, que puede ver degradada en mayor o menor medida su conciencia, ante el irrespeto de los bienes jurídicos de terceros; pero no obstante ello, la atribución de la comisión un hecho delictivo, o en su caso la declaratoria de culpabilidad sobre el mismo, nunca deben significar un irrespeto a la dignidad del ser humano, aunque el mismo sea un delincuente.

c) Que en virtud de la dignidad humana, la persona no puede ser privada esencialmente en sus derechos o libertades fundamentales, las restricciones que se hagan a estos, no pueden afectar el núcleo duro de los mismos. A este fundamento, corresponde la formulación de la regla de garantía del inciso segundo del precepto, en cuanto proscribire que, las penas o medidas de seguridad, no afecten la esencia de los derechos o libertades o que por otra parte, tales sanciones no impliquen un trato inhumano degradante o cruel. Las sanciones que prevé el derecho penal, ante el delito son penas y medidas de seguridad; estas son formas de restricción de derechos o libertades de la

persona, que se verá afectada por su imposición; sin embargo la restricción para ser legítima, es decir, conforme a la Constitución, debe respetar el núcleo esencial de los derechos y libertades, de ahí que, la intervención penal en el ámbito sancionatorio, únicamente, puede reducir este derecho, pero no vaciarlo de contenido, en el sentido que lo torne disfuncional en cuanto a su ejercicio o goce del mismo; la primacía de la dignidad, impide que la afectación por la coerción penal, llegue hasta esos límites, y de ahí la conexión directa, con la prohibición absoluta, de penas o medidas de seguridad, que en su contenido impliquen un trato inhumano, cruel o degradante (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2000, 125) estas modalidades, son ya superlativas en cuanto a la afectación de los derechos y libertades, y se encuentran así mismo prohibidas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 7 y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 5.1.2 y de manera específica en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, art. 2”.

20

Las penas crueles o inhumanas, tienen el denominador común de causar una excesiva aflicción al condenado, al limitar desproporcionadamente sus derechos, actualmente, no sólo se vinculan a sufrimientos corporales de máxima intensidad –en la idea de suplicio corporal– sino que encubren formas más refinadas, como el aislamiento, las penas de amplio espectro, es decir de larga duración, alcanzan los mismos fines, no sólo sobre el contenido esencial de las libertades y derechos, sino infligir sufrimientos desmedidos a las personas, los cuales no son compatibles con la dignidad, que ostenta el ser humano. Las penas degradantes como evolución de las penas infamantes, afectan la esencia de la dignidad personal, pues mancilla a la persona, reduciendo los ámbitos de su dignidad personal.

d) Que en atención a la dignidad humana, la persona no puede ser objeto de instrumentalización por el Estado, debiéndose respetar en este ámbito, la autonomía del ser humano, en cuanto la determinación de su conciencia; el hombre no puede ser tratado como un objeto por la ley (Llobet Rodríguez, 1999: 89/96). Esta idea en materia penal, tiene especial relevancia, no sólo en el aspecto de imposición de penas, sino también en el ámbito de la configuración delictiva, esta prohibido por ejemplo la criminalización de conductas auto-referentes, en cuanto importan un daño respecto del propio sujeto. En materia sancionatoria, la pena no puede tener una finalidad de imposición, ético-valorativa respecto del sujeto, no es posible la intervención en la conciencia del ser humano desconociendo la autonomía ética del mismo, de ahí que la pena aún en la versión de la prevención especial, ha superado la doctrina del tratamiento y de la sujeción para ser una oferta de no mayor desocialización que respete el marco de la autonomía personal del ser humano, así en lugar de fines de resocialización actualmente se perfilan los fines de personalización.

3

PRINCIPIO DE LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO

No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal. (9)

La sociedad es titular de variados intereses y utiliza diversos sistemas para la protección de los mismos; cuando se usa el derecho como instrumento de protección de tales intereses estos pasan a tener la consideración de *bienes jurídicos*.

El Derecho Penal constituye todo un sistema de protección de la sociedad frente al ataque a determinados bienes jurídicos; cada sociedad escoge en cada momento histórico cuáles son los bienes jurídicos que va a proteger a través del Derecho Penal y en qué modo va a hacerlo, por lo que el Derecho Penal de cada Estado acaba siendo un retrato de él mismo, de sus valores e intereses.

El texto constitucional del Estado es la mejor plasmación jurídica de su sistema de valores e intereses y por ello una inmejorable referencia a la hora de encontrar el significado y los elementos para la interpretación de esos bienes protegidos. El Derecho penal tiene pues como finalidad la de *dotar de protección a los valores o intereses que sean constitucionalmente legítimos en el Estado*.

21

Los Libros segundo y tercero del Código Penal enumeran los distintos objetos efectivamente protegidos cuya lesión determina la intervención penal, como catálogo de bienes jurídicos específicos protegidos por cada tipo de delito (p.ej., la vida, la propiedad, la libertad, etc.).

La *eficacia práctica* del precepto se da fundamentalmente en tres aspectos:

- Como *límite*, ya que a la hora de interpretar si una determinada conducta está contemplada dentro del conjunto de elementos que definen un determinado delito, será útil valorar si el comportamiento descrito lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido, premisa sin la cual no podrá predicarse la relevancia penal de la conducta, sin perjuicio de que la tenga de otra índole.

- Como *instrumento de interpretación* del alcance de un precepto, de manera que la labor interpretativa no se desenvuelva en un mero nominalismo que se agote en la indagación gramatical de las palabras empleadas por el legislador para definir el delito, sino que se enriquezca tratando de desentrañar cuál es la razón de la existencia de una concreta figura delictiva: lo que se quiso reprochar o proteger a través del hecho de reservar al comportamiento descrito una consecuencia penal.
- Como *criterio de aplicación de la pena* en cuanto a su gravedad, ya que, existiendo en cada caso un cierto arbitrio judicial para su imposición, la naturaleza del bien jurídico protegido y la intensidad con la que se ha lesionado o se le ha puesto en peligro es referencia a tener en cuenta para dotar de una mayor o menor gravedad a la imposición de la pena graduando su proporcionalidad.

22

En *consecuencia*, sólo deben ser sancionadas penalmente aquellas conductas que supongan un daño o un peligro para un determinado bien jurídico al que el legislador reputa merecedor de la especial y máxima protección que supone su instrumentación a través del Derecho Penal, el cual sólo interviene cuando el propósito criminal ya se ha manifestado al exterior y existe al menos un peligro para el bien jurídico de que se trate, lo que sucede cuando ya ha empezado la acción que puede desembocar en la realización del correspondiente tipo delictivo, lo que se valorará conforme al modo en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos.

JURISPRUDENCIA.

La infracción tributaria es “de naturaleza sustancialmente idéntica a las incorporadas al Código Penal y a las leyes penales especiales, por que las circunstancias de que esas infracciones y las sanciones inherentes a ellas se contengan en leyes de tipo tributario, no altera la validez de la anterior afirmación, ya que no se debe confundir la naturaleza de las normas con la denominación de las leyes”. Y continua la cita: “Cuando una norma jurídica contempla una posible conculcación del orden jurídico y se asocia a la conducta infractora una pena, estaremos en presencia de una norma penal, y como tal habremos de calificarla, cualquiera que sea la denominación que se le de a la ley en la cual esa norma aparezca inserta. Entre los distintos argumentos que se han expuesto para fundamentar la idea contenida en el párrafo anterior, nos interesa destacar las siguientes: (a) Es decir de Soler, la ilicitud no es patrimonio del derecho penal, pues un hecho ilícito no es un hecho contrario al derecho penal sino a todo el derecho; (b) el hecho ilícito supone una norma preexistente que lo prohíbe; (c) la ley penal regula conductas humanas conforme a valoraciones determinadas en el tiempo y lugar; (d) la

ilicitud está determinada por un conjunto de valoraciones tendientes a sancionar actos lesivos a la juridicidad; y (e) cuando un ilícito es tipificado en la ley se convierte en hecho punible que da lugar a una pena (...) Esta toma de posición ya había sido expuesta en décadas anteriores en Europa mediante una ilustrativa labor jurisprudencial; como consta en la sentencia del dos de marzo de mil novecientos setenta y dos, dictada por el Tribunal Supremo Español “en materia sancionatoria o correctiva, aunque se produzca en la esfera administrativa, la valoración de los hechos e interpretación de las normas se mueve en el ámbito de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio, sea cual sea la jurisdicción en que se produzca, viene sujeto a unos mismos principios cuyo respeto legítima la imposición de las sanciones, principios establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, que ha de tener en cuenta la resolución sancionadora, aunque se trate del orden administrativo, tales como que la acción ha de ser típica o prevista o descrita como tal por norma jurídica anterior, antijurídica, esto es lesiva de un bien protegido por la Ley, culpable o atribuible al autor por dolo o culpa, y no procediendo en ningún caso la interpretación extensiva, ni analógica, sino que es menester atenerse a la norma estricta. (Inconstitucionalidad, 17-12-92)”

“Asimismo esta Sala advierte que el cheque es un título valor que hace nacer derechos de cumplimiento de obligaciones para los acreedores, donde aparece siempre el riesgo de que los deudores no cumplan con la prestación debida. Sin embargo el Derecho Penal no puede forzar el cumplimiento de obligaciones, tampoco la ley penal no puede imponer costumbres o consolidar determinadas formas de negocio, ni mucho menos moralizar ni ser medio coercitivo para institucionalizar el chantaje.

23

El derecho penal en la protección del orden socio-económico, como bien jurídico supraindividual, articula instrumentos como el principio de lesividad regulado en nuestro Código Penal en el Art. 3. De ahí que deba justificarse la intervención punitiva del Estado, sólo en aquellos casos donde se traspasa los límites de la libertad contractual y del poder de disposición, sustrayéndose dolosamente –Art. 4 CP– del cumplimiento de las obligaciones o vulnerando el derecho de crédito con prácticas -se reitera- que se infiera el conocimiento y voluntad de querer sustraer dentro de un contexto determinado, donde los remedios del derecho civil o mercantil ya no son suficientes (...) La interpretación del tipo penal naturalmente como norma jurídica se dinamiza con la realidad, donde se desenvuelven las conductas humanas, factor determinante para establecer si una conducta está o no conforme con el tipo penal. (Casación, 14-05-03)”

“Una de las manifestaciones del principio de mínima intervención es que la coherencia del sistema exige que el derecho penal intervenga solo en los casos más graves de ataques contra los bienes jurídicos más importantes, ya que las perturbaciones más leves de los bienes jurídicos o contra los bienes jurídicos menos relevantes son objeto

de otras ramas del Derecho. En otras palabras, existen conductas que perturban bienes jurídicos, que no son penalizados o instituidos como delictivos sino que son objeto de solución por las otras ramas del derecho. Una de las finalidades de la política criminal es decidir sobre como las instituciones del Estado responden al problema denominado criminalidad, implicando además decisiones respecto ¿que tipos de comportamiento debieron ser criminalizados?, es acá donde cobra importancia el principio de mínima intervención.” (Cámara de la Tercera Sección Occidente, 18-02-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

24

La determinación del principio de lesividad del bien jurídico, es otra limitación a la potestad del *ius puniendi* estatal, dicho brocardo, también es conocido como principio de objetividad o lesividad material, y es un enunciado del derecho penal nuclear (Nestler, 1999: 64) que tiene su raigambre más clásico, en la separación que debe mediar entre derecho penal y moral, expresándose bajo el apotegma latino *Nullum crimen nulla poena sine inuria*, a partir del cual, se reconocen por lo menos dos garantías fundamentales: 1) la primera de ellas, esta sustentada en la exigencia que, la construcción de conductas delictivas, es legítima siempre que el tipo penal, este sustentado sobre la tutela de bienes jurídicos relevantes para el derecho penal (Cadavid, 1998: 42) con lo cual se indica, que la tipificación de conductas, que no resguarden bienes jurídicos, afectan la dimensión del principio de lesividad, el cual esta estrechamente vinculado, a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal, que lo circunscriben a la última forma de intervención (Kayber, 1999: 150) de ahí que, no todos los bienes jurídicos deben ser protegido por el derecho penal, y aún cuando el interés jurídico de protección sea valioso, éste no puede ser tutelado de todas las formas de ataque, sino únicamente de aquellas que por su forma más intensa, representen ataques intolerables respecto de la protección de los bienes jurídicos, en suma un tipo penal, sin el sustrato del bien jurídico, es ilegítimo desde el orden constitucional, el derecho penal democrático debe respetar el principio de lesividad (Dall’ anese, 2001: 60; 2) La restante dimensión del principio de lesividad, esta orientada ya al aspecto de punición, y desde este ámbito, la mera infracción normativa no supone ya la concurrencia de un injusto penal, de ahí que, no es viable imponer penas o medidas de seguridad, cuando la conducta transgresora de una norma jurídico penal, ni siquiera ha puesto en riesgo al objeto de protección, es por ello que, el principio de lesividad no sólo se colma con el desvalor de acción, sino que se requiere también la concurrencia del desvalor de resultado por lo menos en grado de peligro, es por ello que, en un derecho penal democrático, la mera infidelidad normativa no puede ser el fundamento de la punición, aunque ello signifique un desvalor ético de la conducta, éste —ciertamente— es importante, pero esta complementado por la vigencia de lesividad de los bienes jurídicos; claro ejemplo de ello, es la punibilidad del denominado delito imposible. En

este contexto, debe manejarse, la reforma que sufriera el artículo en comento, al cual le fue suprimida la connotación del peligro efectivo, quedando únicamente la exigencia de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en este aspecto priva siempre, la noción de antijuridicidad material, que implica que el hecho es antijurídico no sólo por que sea contrario a un precepto penal, sino por que además también lo pone en peligro, si ni siquiera existe ese riesgo, no concurre un ilícito jurídico penal. De ahí que el derecho penal orientado democráticamente tienda a la protección de bienes jurídicos y no a la tutela de funciones (Moccia, 1997: 118/119)

El fundamento Constitucional del principio de lesividad, es posible desentrañarlo a partir del artículo 2 Cn, que garantiza protección a determinados bienes vitales –vida, integridad física, integridad moral, libertad, seguridad, trabajo, propiedad y posesión, honor, intimidad personal y familiar – que no forma un catálogo cerrado, sino sólo enunciativo; pues bien, respecto de esos bienes vitales –y de otros– se erige una doble función de tutela, una respecto de las personas, en cuanto a las ofensas que hagan a dichos bienes jurídicos, mediante la conminación de normas penales, que elevan esos intereses a la categoría de bienes jurídico-penales; y otra respecto de las instituciones de poder del Estado, que también quedan obligadas, a respetar y preservar esos derechos, lo cual se hace mediante la confección de normas penales, que no sean irrazonables ni excesivas, de ahí que las restricciones que se formulen como tipos penales, deben estar dirigidas también a la conservación y defensa de los derechos fundamentales, ahí donde haya exceso, se vulnera la garantía de lesividad por parte del Estado.

25

A las funciones del bien jurídico, correctamente señaladas en los comentarios primigenios en el sentido de constituir el bien jurídico: a) un límite al poder penal; b) una instrumento de interpretación; y c) un criterio de aplicación de pena; añadimos dos aspectos más: la primera, orientada a la función crítica que desempeña el bien jurídico, el cual destaca en la etapa de elaboración del merecimiento en abstracto, y el mismo esta orientado a la configuración de la política penal como forma de la política criminal, en tal sentido, únicamente a partir de la noción de bien jurídico, es posible responder racionalmente, por que ciertos intereses vitales, deben ser protegidos por el derecho penal, y ello lleva consigo la exigencia, de revisión genuina de las consecuencias que generan las normas penales, sin cuyo conocimiento la reforma del derecho penal, no alcanza el nivel de eficacia, que no debe quedar subordinado al aspecto meramente simbólico del derecho penal.

Correlativo a la función crítica del bien jurídico, discurre la función de legitimación del derecho penal, por que todo orden penal democrático debe estar legitimado, en tal sentido el bien jurídico, es un parámetro de legitimación de la sistemática penal, que no se justifica únicamente por su contenido axiológico, sino por el sustrato material que

las colma de contenido, y que las dota de una verdadera validez, desde una concepción de Estado Constitucional, en ese entramado, la participación ciudadana y el pluralismo político, son esenciales en la escogitación de los bienes jurídicos, que deben defenderse por intermedio del derecho penal.

En cuanto a la función de interpretación, es conveniente agregar que al constituir el bien jurídico el sustrato de los tipos penales, en el sentido de ¿por que razones se tutelan ciertos intereses vitales?, esta noción, da la pauta, para que el objeto de protección, se erija en un instrumento de interpretación, orientado teleológicamente, con lo cual se rebasa el estudio formal de la norma jurídico-penal, quedando incluida en la valoración de la misma, el aspecto lesivo, el cual constituye un elemento esencial en la formación del injusto penal, cuando es ponderado de manera proporcional, haciendo compatible el aspecto subjetivo con el objetivo. Por último, dos cuestiones, es necesaria la distinción entre injusto y culpabilidad, que un hecho sea típico y además antijurídico, todavía no es fundamento de la pena, por cuanto además, debe predicarse la culpabilidad del injusto jurídico penal (Schünemann, 1995:217/218). La segunda cuestión atañe a que, los bienes jurídicos que admiten tutela, pueden ser de naturaleza individual, colectiva o de connotación difusa, pero aún, en estos dos últimos modelos de protección, debe haber una referente básico de carácter antropocéntrico de los bienes jurídicos, cuando el mismo falta, hay afectación al principio de objetividad, puesto que ya no se tutelan bienes jurídicos.

26

4

PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva.

La responsabilidad objetiva es aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto.

La culpabilidad sólo se determinará por la realización de la acción u omisión.
(11)(12)

Sobre la culpabilidad

El precepto contrapone la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva; la primera se funda en la culpabilidad del autor del acto penalmente relevante, mientras que la segunda le hace responsable por la sola causación material del resultado. *El Código Penal se decanta por la responsabilidad subjetiva* y proscribe que supuestos de responsabilidad objetiva tengan relevancia penal.

La responsabilidad subjetiva tiene una doble *premisa*:

- La posibilidad de saber qué se hace y
- La libertad para determinar el propio comportamiento.

Sin ello no podrá hablarse de culpabilidad plena en el sujeto y, en realidad, los distintos casos de exclusión de la culpabilidad o de culpabilidad disminuida no son sino una valoración de en qué medida se dan uno y otro presupuesto.

Este es el fundamento y límite esencial de cualquier reproche penal, la premisa de la que ha de partirse: *un sujeto sólo es responsable por los actos que le sean personalmente reprochables*. Al tiempo, es la *referencia para la determinación de la intensidad del reproche* (la gravedad de la pena), que vendrá dada por la medida de la culpabilidad del sujeto, lo que supone que el hecho y la consecuencia jurídica que lleva aparejada estén en una proporción justa.

27

La dignidad y la libertad de la persona, consagradas constitucionalmente en los arts. 1 y 4 de la Constitución, son sin duda presupuesto de la culpabilidad.

Sobre el dolo y la culpa como formas de culpabilidad

La *actuación dolosa* será aquella en la que el sujeto conoce y quiere la realización de la conducta descrita por el precepto penal.

Nos podremos encontrar con varias posibilidades:

- Que el sujeto persiga la realización del delito, siendo en este caso indiferente que estime como segura su realización o que tan sólo la crea probable, así como que sea su único fin perseguido o que a éste acompañen otros (primera forma de lo que se suele llamar *dolo directo*)

- Que el sujeto no persiga expresamente la realización del delito pero tenga conciencia de que su actuación va a producirla de forma segura o casi segura, lo que acepta (segunda modalidad del antedicho dolo directo).
- Que el sujeto no persiga expresamente la realización del delito pero ello se le presente como un resultado posible de su comportamiento (es el conocido como *dolo eventual*); en este caso puede presentar dificultades discernir una conducta dolosa de una conducta imprudente, pudiendo utilizarse las siguientes referencias:

a) Actúa con dolo quien consiente la posibilidad de que el resultado se produzca y actúa imprudentemente quien tan sólo lo aprueba; debe entenderse que “consiente” quien si hubiera conocido anticipadamente las consecuencias de sus actos los habría realizado igualmente, mientras que meramente “aprueba” quien ante tal conocimiento anticipado no hubiera obrado igual.

b) De una forma más restrictiva, debe pensarse que tan sólo actúa con dolo quien advierte una gran probabilidad de que se produzca el resultado, mientras que tal no sucedería -siendo tan sólo imprudente- quien obra reconociendo únicamente una probabilidad muy lejana.

c) Una combinación de ambas posturas partiría de exigir que el sujeto conoce la capacidad de su conducta para producir el resultado descrito en el precepto penal y acepta que esa probabilidad vaya aparejada a su comportamiento: el sujeto no acepta que el resultado se vaya a producir necesariamente pero sí que su comportamiento es capaz de producirlo.

El dolo lo integra pues la conciencia plena o razonable de los elementos objetivos del delito y el deseo directo, indirecto o eventual de realizar la acción (delitos de actividad) o de que el resultado se produzca (delitos de resultado).

Límites entre el dolo directo y el dolo eventual

En el dolo eventual el resultado aparece para el autor como posible o, incluso, como de *probable* producción, mientras que en el dolo directo el autor se representa el delito como *consecuencia inevitable* de su acción. En el dolo eventual el sujeto, pese a no querer la producción del resultado, prosigue y persevera en su actuación, *admitiendo y aceptando el riesgo* de que el resultado se produzca: lo característico del dolo eventual es la *conciencia de la posibilidad de un resultado* como probable, pese a lo cual, el autor ha actuado admitiendo o siéndole indiferente la aparición de aquel resultado. Hay

que partir en el dolo eventual del conocimiento por el sujeto de la concreta posibilidad de producción de un resultado lesivo típico fuera del ámbito del riesgo permitido, aceptando -lo que no es “desear” o “perseguir”- la probabilidad que lleva implícita su actuar.

Sobre la imprudencia

La *actuación imprudente* tiene como presupuesto el que el sujeto no quiere cometer el hecho que prevé el tipo penal doloso, pero obra sin observar el cuidado debido, lo que hace que tal hecho se produzca.

Se habla de *culpa consciente* cuando el sujeto reconoce el peligro que rodea su comportamiento pero actúa confiando en que el resultado lesivo que de ello puede dimanar no se produzca. Se habla de *culpa inconsciente* cuando el sujeto obra sin haber advertido previamente dicho peligro. En el primer caso habrá un defecto en la actuación: consciente del riesgo, no se obra adecuadamente para evitarlo; en el segundo, un defecto en la previsión: se llega al resultado lesivo por no haber llegado a conocer adecuada y previamente el riesgo.

Los *requisitos* que configuran una actuación imprudente son los siguientes:

29

- a) Una *acción u omisión* voluntaria, no intencional o maliciosa (sin dolo directo o eventual).
- b) Un *factor psicológico o subjetivo*, que se concreta en la no percepción de las consecuencias nocivas de la acción u omisión, aun siendo éstas previsibles, prevenibles y evitables; es éste un elemento no homogeneizable en todos los sujetos y situaciones, lo que llevará a apreciar una gradación diferenciadora de la imprudencia.
- c) Un *factor normativo o externo*, representado por la infracción de un deber objetivo de cuidado, el cual debe definirse no sólo atendiendo a la respuesta exigible a un hombre consciente, de prudencia e inteligencia media, sino, también, tomando como referencia un conjunto de reglas extraídas de la común y diaria experiencia, muchas de ellas concretadas en normas reglamentarias o de otra índole, aceptadas e impuestas en la vida social y en cuyo escrupuloso respeto cifra la comunidad la evitación del peligro; es en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales donde radica el juicio de reproche de las conductas culposas o imprudentes, por ser las invocadas reglas las que rigen la actuación en una determinada actividad; el reproche de culpabilidad pasa por la constatación de que el autor, con su comportamiento peligroso, ha infringido el deber de cuidado requerido para la evitación del resultado

dañoso, mostrándose igualmente inobservante de aquellas previsiones que eran exigibles en atención a sus personales aptitudes.

Para llegar a conocer la eventual infracción del deber objetivo de cuidado hay que atender a los criterios de experiencia que enseñan la vinculación de ciertos peligros que se ciernen sobre personas y bienes a determinadas conductas comisivas u omisivas, de forma que una adecuada reflexión anterior a la actuación llevaría a prever aquellos peligros y a poner las medidas adecuadas para que no se produzcan resultados lesivos.

d) La originación de un *daño* que cambia o altera la situación preexistente.

e) Una adecuada *relación de causalidad* entre el proceder descuidado e inobservante que genera el riesgo y el daño o mal sobrevenido, lo que supone que el peligro potencial que se previó o se puso prever se traduce en una consecuencia real, en un efectivo resultado lesivo.

La culpa la integra pues la infracción de una norma de cuidado y del cuidado personalmente exigible a un sujeto, a consecuencia de lo cual se produce un resultado lesivo para un bien jurídico.

30

Límites entre el dolo eventual y las actuaciones imprudentes

El dolo eventual ocupa la frontera entre el dolo directo y la imprudencia (más en concreto, se habla de “culpa consciente”). Ni en el dolo eventual ni en la culpa consciente se desea el resultado, sino que el autor reconoce la posibilidad de que se origine pero obra en la confianza de que no ocurra. La diferencia entre dolo eventual y culpa consciente estriba en que en el primero el sujeto asume o toma a su cargo el resultado dañoso para el bien jurídico protegido que dimana de su comportamiento, nada de lo cual sucede en la culpa consciente.

En los supuestos de dolo eventual el sujeto, antes de actuar, se representa el daño como probable y pese a ello consiente en realizar la acción aceptando sus eventuales consecuencias, en tanto que en los casos de culpa consciente tal posibilidad también se le presenta, pero el sujeto actúa contando con que tal resultado no se producirá. Si el autor conocía el riesgo concreto de que se produjera un resultado jurídicamente desaprobado y, si no obstante ello, obró en la forma que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado y por ello puede decirse que obró con dolo eventual e incluso podría decirse que existe dolo cuando el sujeto somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado expresamente recogido en el precepto penal.

El dolo eventual, por tanto, no se excluye simplemente por la “esperanza” de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor y se da cuando el autor toma medidas poco serias para eliminar el peligro que conoce como tal.

Sobre la proscripción de la responsabilidad objetiva

Sólo la conducta en la que media dolo o imprudencia puede ser acreedora de la imposición de una pena; el sujeto no responde por la mera causación del resultado, lo que excluye de la represión penal las meras consecuencias fortuitas de su obrar o aquellos resultados que no estén causalmente relacionados con su comportamiento doloso o imprudente.

Debe entenderse *proscrito de la represión penal* el que, aunque un sujeto tenga una conducta inicial ilícita, se le haga responder de *los resultados lesivos que sean fortuitos o imprevisibles*, es decir, aquellos en que no existe ningún tipo de culpa con respecto a la producción del resultado.

En el fundamento y en la determinación de la pena imponible no puede intervenir ningún elemento, hecho, circunstancia o dato que no haya sido conocido y querido o asumido por el autor o que el mismo no haya previsto o podido prever.

31

El intérprete del derecho tendrá que analizar cada circunstancia de las que inciden en la determinación de la pena (la concurrencia de los elementos típicos, la forma de participación del sujeto, las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal) fijando previamente lo que el sujeto conoció y quiso (conducta dolosa) o lo que debió prever o descuidó (conducta culposa).

Ello torna exigente y minuciosa la actividad judicial que permita tener constancia suficiente de los factores de conocimiento y voluntad integradores de la culpabilidad en cualquiera de sus formas: en el caso del dolo, debe indagarse por una parte si el sujeto advierte los hechos constitutivos de la infracción criminal y sus circunstancias objetivas, con representación, en su caso, del curso causal y del resultado, así como que su comportamiento supone un enfrentamiento con determinados intereses jurídicamente protegidos; por otra parte, ha de determinarse si el sujeto quiere los resultados directamente perseguidos o los necesariamente ligados a la acción que realiza o al resultado que se propone y aquellos que, representados como de probable consecuencia, sin ser directamente queridos, se aceptan para el caso de que se originen.

Lo que aquí se expone se completa con el epígrafe “Sobre el sistema de punición de la imprudencia” en el comentario al art. 18 del Código.

JURISPRUDENCIA.**32**

“La idea expuesta en el acápite precedente significa como ineludible derivación que el vocablo delito consignado en el Art. 12 inciso primero de la Constitución debe entenderse no en sentido estricto, sino como indicativo de un ilícito o injusto típico, esto es conducta humana que en virtud del mandato legal se hace reproachable a efecto de su sanción; incluyéndose en este concepto a las infracciones administrativas y específicamente a las tributarias. Esta equiparación que no puede hacerse más que por el rasero de la teoría general del delito implica que los principios del Derecho Administrativo sancionatorio son los que se sistematizan en el derecho penal de aplicación judicial, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto (...) Podemos asegurar entonces, sin ambages, que en materia administrativa sancionadora es aplicable el principio nulla poena sine culpa; lo que excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el dolo o culpa constituyen un elemento básico de la infracción tributaria. El jurista español José María Paz Rubio –profesor del Centro de Estudios Judiciales de Madrid– en conferencia dictada recientemente en el país, al referirse al principio de culpabilidad en relación a la Constitución acertadamente sostuvo “Eso quiere decir que la pena sólo se puede imponer a la persona culpable, o sea que es necesario que se base en el principio de culpabilidad y aquí llama la atención que la Constitución de El Salvador es de las pocas constituciones que garantizan el principio de culpabilidad en el primer inciso del Art. 12 de la Constitución. Por lo tanto no podría imponerse una pena en base a criterios de responsabilidad objetiva (...) (Inconstitucionalidad, 17-12-92)”

“De acuerdo al principio de responsabilidad que rige en el Derecho Penal, para atribuir responsabilidad penal una persona, no basta establecer el resultado material a la que está unida causal o normativamente su conducta, resultando necesario apreciar además la dirección de su voluntad, es decir, no puede atribuírsele responsabilidad penal sin que se hay establecido la existencia del dolo en su conducta (...) De lo anterior esta Sala advierte, que la conducta realizada por los señores Zaldívar Martínez, consistió en librar y entregar un cheque posfechado a favor del Licenciado Machado Gómez, y que tal conducta tuvo como origen un contrato verbal de servicios profesionales, en virtud del cual, los contratantes hicieron perder al cheque su doble carácter de medio incondicional e inmediato de pago, condicionándolo a las resultas del juicio objeto del contrato referido, desnaturalizando de esa forma el uso de dicho título valor, convirtiéndolo a su vez en un instrumento de garantía así mismo, al consignarle una fecha posterior a su libramiento, retardaron deliberadamente el pago del mismo evidenciándose por una parte la ausencia se lesión al bien jurídico protegido por la norma, y por otra, la falta de dolo al momento que fue librado y entregado. Con base en lo expresado y lo dispuesto en los Arts. 3 y 4 Pn, que consagran los principios de

lesividad del bien jurídico y de responsabilidad, es improcedente atribuir responsabilidad penal a los señores Zaldívar Martínez, dado que en el juicio se estableció que hubo acuerdo acerca del uso que se le daría al cheque en referencia, distorsionando en su naturaleza, razón por la cual la conducta resultó ser atípica, por no existir el elemento subjetivo denominado dolo, requisito necesario para completar la tipicidad del delito en comento. (Casación, 02-10-01)”

“Para que haya acción, no únicamente requiere conocimiento de ella, sino además voluntad de cometer tal conducta, o que con la acción realizada por el sujeto activo, éste asuma el riesgo que su conducta pueda producir, aspecto que en dogmática penal se conoce como dolo natural. (T.S. San Vicente, 22-01-99, 23-02-99, 09-04-99)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El primer punto a destacar, es el rango constitucional del denominado principio de culpabilidad, en este aspecto la Constitución salvadoreña, es de los pocos ordenamientos que de manera expresa, reconocen la vigencia de dicho principio al exigirse en el artículo 12 Cn la demostración de la culpabilidad, tal garantía junto a la presunción de inocencia, fue una feliz recepción del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que reza: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” y que de manera inédita fue asumida por la Constitución de 1983.

33

Debe indicarse, que la formulación del precepto, que manda que no se impongan penas ni medidas de seguridad –en su actual versión– si la acción u omisión no se ha cometido con dolo o culpa, es una variación del clásico principio de culpabilidad, que en sus orígenes, para limitar el objetivismo penal, exigió que para imponerse pena, la conducta debía ser realizada con dolo o culpa, ese es el axioma del principio “*Nulla poena sine culpa*”, que de manera inmediata, reconoce el artículo en comento. Sin embargo, debe considerarse que en la actualidad, el principio de culpabilidad, ya no se agota únicamente en esta consecuencia, sino que ha ido alcanzando diversos niveles de protección, los cuales se derivan precisamente, de su formulación de índole constitucional, que como tal, erige un concepto indeterminado –en este caso la culpabilidad– que permite colmarlo de diferentes contenidos, de acuerdo a las realidades históricas que se desarrollen, en tal sentido, al principio de culpabilidad, actualmente se le reconocen diversas formas de garantía, que se exponen de manera sucinta, las cuales se desarrollarán cuando corresponda; de previo, si es conveniente resaltar, los dos grandes fundamentos en los cuales descansa la garantía de culpabilidad. La primera de ellas, esta erigida sobre la base, que a nadie puede imponérsele una pena, si el hecho cometido no lo ha sido de

manera culpable, en tal sentido, el injusto penal no es suficiente para que a una persona se le imponga una pena, el hecho debe ser atribuido culpablemente (Stratenwerth, 1991: 54). El segundo fundamento radica, en que la pena que se imponga debe ser proporcional a la culpabilidad (García Aran, 1997:72/77) de ahí que, tal principio mantenga el límite de la sanción penal, el cual es irreductible, y no puede ser rebasado ni por efectos preventivo generales ni por efectos preventivo especiales, la culpabilidad es el límite indisponible para la pena, involucrando tanto el merecimiento de pena en abstracto, como en concreto, de esta forma es que el principio de culpabilidad se erige como límite al poder penal sancionador (Künsemüller Loebenfelder 2002: 64/65)

La actual formulación del principio de culpabilidad, pasa por reconocer diversos sub-principios, que a continuación se detallan: a) el principio de personalidad de la culpabilidad y de la pena; b) el principio de responsabilidad por el hecho, el cual da paso al derecho penal de acto y proscribire todo derecho penal de autor; c) el principio de dolo o culpa; d) el principio de proporcionalidad de las penas; e) el principio de culpabilidad en sentido estricto; f) el principio de presunción de inocencia material.

34

En este apartado, únicamente se desarrollara lo conveniente al principio de dolo o culpa, sobre el mismo, es conveniente indicar los siguientes aspectos: I) una de las exigencias del principio *Nulla poena sine culpa* es la necesidad de una conducta, vinculada al axioma *Nullum crimen sine conducta* por que como se hace notar, en el artículo en comento, el dolo o la culpa se exigen de la acción u omisión, sin embargo el alcance de este precepto se desarrollará en el artículo 18 CP, valga aquí únicamente destacar su estrecha vinculación con el principio de culpabilidad.

II) El principio de que no hay pena sin culpa, es de rancio abolengo, así se cita a Jousse con la máxima penal “la où il n’y a point de dol , il n’y a point de crime et par consequent il ne peus pas y avoir de peine” “allí donde no hay dolo no hay crimen y por consiguiente no puede haber una pena” (Schurmann Pacheco, 1985: 34) dicho principio, se erige como un límite al objetivismo penal, por lo que su fundamento radica en una doble dimensión. La primera, garantiza que la configuración de los tipos penales en cuanto construcciones normativas, no pueden ser estructurados mediante fórmulas que entrañen cuestiones de responsabilidad objetiva, en cualquiera de sus manifestaciones, ora que se trate de delitos calificados por el resultado, ora que se trate de delitos preterintencionales; de ahí que, la agravación en la pena, por el resultado objetivo no cubierto por la imputación subjetiva del agente, esta desterrado de un derecho penal que como el nuestro, reconoce la vigencia del principio de culpabilidad. Los delitos calificados por el resultado son “vástagos del objetivismo penal”, y se entiende por ellos, aquellos delitos que tienen asignada una penalidad más grave, cuando en la ejecución de un hecho doloso, se ocasionan resultados más graves, aunque los mismos no hallan sido ni asumidos ni previstos por el autor; de ahí que lo que se sanciona, con

un carácter más enérgico, sea el resultado sobrevenido y no la intención del agente, en virtud de que ese resultado, es el fruto de la ejecución de una conducta en el ámbito de la ilicitud, por lo que se pretenden cubrir, todas las consecuencias nocivas que se deriven de tal actuación ilícita, esa es precisamente la base del brocardo “*versanti in re illicita etiam imputatur*” o “al que se mueve en lo ilícito hasta la causalidad le es imputable”.

La segunda dimensión, se extiende respecto del hecho cometido, y garantiza que a nadie puede imponérsele ni pena ni medida de seguridad, si la conducta no ha sido realizada con dolo o culpa, únicamente puede ser típica, aquella conducta que se comete dolosa o culposamente; de ahí que haya una exigencia a que las acciones u omisiones, deben ser realizadas por el sujeto mediante dolo o culpa; con ello se prohíbe, la imputación de un resultado que no este gobernado por el dolo, o que pueda atribuirse según culpa, como se advertirá, se vuelve en este ámbito a un equilibrio, entre objetivismo y subjetivismo, el mero hecho del resultado, tampoco por si sólo funda la imputación del tipo penal.

Conviene destacar en este comentario, dos cuestiones que son esenciales: 1º) una de ellas es hacer notar, que la exigencia del dolo o la culpa, se hace precisamente de la acción u omisión, de ahí que la ubicación del dolo y de la culpa sea precisamente en el ámbito de la tipicidad, que en este caso tendrá una construcción dual, entre tipo objetivo y tipo subjetivo, el ámbito del dolo y de la culpa, corresponde precisamente a la estructura del tipo subjetivo —esa al menos es la posición de la doctrina mayoritaria— por lo que, los mismos no son ya formas de culpabilidad como se sostenía en la visión del “tipo simple”.

35

Del precepto que se examina, se entiende que la exigencia de dolo o culpa, subyace sobre la acción u omisión, es decir que la conducta ejecutada debe serlo de manera dolosa o de manera culposa, en tal sentido si no concurre dolo o culpa, la conducta no es típica, puesto que aunque se tenga colmada la tipicidad objetiva, falta la concurrencia de la tipicidad subjetiva en cualquiera de las modalidades indicadas. Pero además, esta precisión que se hace de ubicar el dolo y la culpa, en sede de tipicidad respecto de su entorno subjetivo y no en sede de culpabilidad, encuentra apoyo sistemático en el código penal, a partir de la teoría del error, que se establece en el artículo 28 CP, y que distingue entre lo que la doctrina califica como error de tipo y error de prohibición, distinguiendo la ubicación de cada uno de ellos, y de los efectos que se producen, así el error de tipo excluye la tipicidad si es invencible, y cuando no lo es permite imputar —si es posible— una conducta culposa. En cambio el error de prohibición si es invencible o vencible deja intacto el dolo, con lo cual es plausible concluir, que éste elemento no se corresponde con la culpabilidad, por que son otros los motivos que la fundan o

excluyen. En igual sentido, tratándose del dolo, la sistemática del código respecto del delito imperfecto, permite deducir la ubicación del dolo en sede de tipicidad.

2°) La otra cuestión a resaltar, es que la exigencia de que la acción o la omisión, sea cometida con dolo o con culpa, no sólo esta referida a la imposición de una pena, sino que también esta articulada, como exigencia para imponer una medida de seguridad; sin duda este es un gran aporte del derecho penal humanitario, que permite hacer descender el énfasis, que se dispensa al peligrosismo, como fundamento de la imposición de medidas de seguridad, relativizando la aporía de la *Temibilita*; de ahí que, la égida del principio de culpabilidad, en su sentido pleno y maximizado como garantía constitucional, permite también la tutela del inimputable, en aquellas consecuencias de la garantía de culpabilidad que le sean aplicables, de ahí que, se requiera que para imponer medidas de seguridad al inimputable, éste debe haber cometido el acto doloso o culposamente, lo cual es razonable si –como lo expresamos– se trabaja con un dolo avalorado, ello también es congruente con los aspectos propios de la inimputabilidad, que presenta en las causas que la originan una enorme variabilidad en cuanto a las afectaciones psíquicas de la persona.

36

Se pretende por el legisferante, dar una denominación de responsabilidad objetiva, para la intelección de la misma, el referente debe de ser el principio de culpabilidad, por que es a partir de éste, que queda proscrita todo tipo de responsabilidad objetiva, y ello se corresponde no sólo con las conductas dolosas, sino también con las conductas culposas, ambas quedan amparadas por la exigencia, de que las acciones u omisiones sean cometidas, o bien dolosamente o bien culposamente, ninguna de ellas queda excluida del axioma, por ende queda prohibida “toda forma de responsabilidad objetiva”; es decir, cualquiera sea la forma en que se manifieste la responsabilidad por el resultado, sin atender a los ámbitos de imputación subjetiva, la misma esta desterrada del derecho penal, puesto que la garantía de culpabilidad –es bueno aquí recordarlo– asume rango constitucional.

La referencia hecha es necesaria, para dotar de comprensión la conceptualización de responsabilidad objetiva. Si se examina con escrúpulo, se notará que la misma se hace descansar, en cuanto a la exclusión de responsabilidad objetiva, sobre un único elemento la “dirección de la voluntad”; empero, este elemento sólo es predicable del dolo, pero no de la culpa, puesto que la conducta dolosa, requiere además del conocimiento, la concurrencia del elemento volitivo, este último falta de manera total en la culpa, en la cual, si bien puede haber conocimiento del hecho fáctico, cuando la imprudencia es representada, carece y se diferencia del dolo precisamente, por la falta del elemento cognitivo. De ahí que, la imprecisión dogmática en este punto, podría hacer pensar que la exclusión de responsabilidad objetiva, exclusivamente esta dispuesta, para los hechos

cometidos dolosamente, pero no para los imprudentes. Sin embargo ello no es así, como ya lo expresamos, la garantía del exigencia de dolo o culpa, enerva la atribución subjetiva a las personas, si las conductas no han sido realizadas con dichas modalidades, aun cuando concurren daños a bienes jurídicos, al menos tiene que haber culpa de parte del sujeto que causa con su acción u omisión esa lesividad; sino puede imputarse ni siquiera culpa, la conducta no es típica, y no puede haber imposición de ninguna consecuencia jurídica del delito, por lo que no procede imposición de pena o medida de seguridad. Por tanto, la propuesta de interpretación en este caso debe ser restrictiva, integrando por ello el núcleo de la garantía del principio *nulla poena sine culpa*, y aunque la adición se refiere a la dirección de la voluntad, ello no excluye el elemento cognoscitivo, y por ende la imprudencia; y aquí debe agregarse, que la extensión del principio de culpabilidad no sólo esta referida a la llamada culpa representada, sino que también se explaya, hacia la culpa inconsiente, de tal manera que, ni de esta forma de la “imprudencia”, puede predicarse responsabilidad objetiva, ello significa que en esta clase de culpa, únicamente puede imputarse el resultado cuando este era previsible y no se previó, por concurrir una conducta violadora del deber de cuidado; de ahí que en el derecho penal de la culpabilidad, toda manifestación de responsabilidad objetiva esta proscrita.

Otra cuestión relevante, que se deriva del supuesto normativo, es la vinculación de la causalidad, en este caso derivada de la composición: “el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto”. Atañe este tópico, a un tema nada pacífico, que se construye sobre el nexo de causalidad en el delito. Parece indicarse de la construcción normativa, dos formas de causalidad, una de ellas propiamente ontológica y otra de índole valorativa. La cuestión es álgida, por el tema polémico de la imputación objetiva, no obstante, merece ser tratado –aun en apretado epitome– por su relevancia, pero por una cuestión de sistemática con los comentarios será abordado en el artículo 19. La exigencia de una causalidad naturalista, es un punto indiscutible incluso para los que se manejan en el ámbito de la imputación objetiva, digámoslo así, la premisa básica de la imputación del resultado a la conducta parte de este dimensión de lo fáctico.

37

EL DOLO. La referencia al dolo por los comentaristas en este precepto, permite que en este ámbito se consideren algunas cuestiones relevantes sobre el mismo. El dolo pertenece al aspecto subjetivo del tipo penal –de entre otros elementos de la misma índole– y es la forma más usual de imputación subjetiva, en la tipificación de los delitos. El dolo es el conocimiento y voluntad de realizar la conducta determinada en el tipo objetivo. Así se indica que por dolo debe entenderse “la voluntad consciente de realizar el tipo objetivo de un delito” (Terradillos Basoco, 2001: 102); así la conducta dolosa, acontece cuando el agente conoce el hecho, y además quiere su realización o cuando

acepta tal realización previéndola como posible. La ubicación del dolo en sede tipicidad en su ámbito subjetivo, significa que el dolo no es ya una forma de culpabilidad, por lo tanto se trata de lo que la doctrina entiende como dolo “avalorado”, es decir libre del conocimiento de la ilicitud que queda reservado para la culpabilidad.

Si realizar una conducta dolosa, significa realizar la conducta tipificada en la norma penal, conociendo lo que se hace y queriendo además realizarlo, es necesario señalar, que el dolo se integra por dos elementos, uno de ellos es de carácter intelectual o cognoscitivo y se vincula al conocimiento de la realidad que percibe el sujeto, de ahí la caracterización de elemento cognitivo —el sujeto conoce la realidad que le circunda— el otro elemento es el denominado volitivo y ésta vinculado al querer de realización, es decir a la voluntad de hacer o no hacer (Garibaldi, Pitlevnik, 2002: 42/45)

38

El elemento cognoscitivo, es por así decirlo, el momento intelectual del dolo y comprende: a) el conocimiento de todas las circunstancias del hecho; b) la previsibilidad del desarrollo del evento que se ejecutó, incluida la causalidad; c) el conocimiento del resultado. De ahí que al elemento de conocimiento que requiere el dolo, hace necesario que el sujeto conozca, los elementos que constituyen el tipo penal. Este conocimiento debe ser efectivo y actual y no potencial (Righi, 2002: 32/33) lo que significa, que debe tratarse de un conocimiento efectivo que inclusive puede ser actualizable; esto último significa, que dicho conocimiento debe preexistir y además ser conocido, y aunque no se considere al momento de ejecutar el acto, se sabe sobre el hecho que se ejecuta. El dolo debe abarcar los diversos elementos que estructuran el tipo penal, tanto aquellos de índole descriptivos, como los normativos —aunque respecto de los elementos normativos existe una renovada discusión sobre los ámbitos de consideración— además debe cubrir, las circunstancias genéricas o específicas que concurren como agravantes al tipo penal, e inclusive debe abarcar los elementos subjetivos del tipo penal distintos del dolo. Debe señalarse que sobre el conocimiento de estos elementos, por parte del sujeto no se requiere una intelección técnico-jurídica, sino sólo un conocimiento natural, que es lo que se ha denominado “valoración en la esfera del profano”.

El dolo además se estructura por el elemento volitivo o conativo. Es decir, con la voluntad de querer realizar la conducta prohibida por el tipo penal, o de incumplir el mandato que impone; este elemento es trascendental en la configuración del dolo, por que a partir de la concurrencia del llamado elemento conativo, es posible entender que para configurar al dolo, no es suficiente el conocimiento del hecho, es decir de los elementos del tipo penal y de la precisión de su desarrollo, sino que es necesario que el sujeto decida cometer el hecho, es éste el segundo momento del dolo, que del conocimiento completo del hecho pasa a su realización voluntaria.

De los alcances del elemento volitivo, parte la diferenciación mas proverbial que se hace sobre el dolo, en el sentido de entender un dolo directo o de primer grado, un dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado, y un dolo eventual. El dolo directo se dice asume dos modalidades el dolo directo o inmediato (de primer grado) es aquel en el cual el agente, persigue de manera directa la realización del hecho típico, por ejemplo el sujeto quiere matar a Pedro y lo mata.

En cambio en el dolo directo de segundo grado (mediato) también conocido como de consecuencias necesarias, el autor para realizar la finalidad delictiva que se ha propuesto —cometer un hecho punible— asume los efectos concomitantes, que se deriven de manera inevitable del desarrollo de sus actos. El ejemplo oportuno es quien para matar a una persona que esta en una fiesta, lanza una potente granada, asumiendo no solo la muerte del enemigo, sino también la de los demás parroquianos que ahí se encuentren. Punto esencial, es la consideración del denominado dolo eventual, y la relevancia de este arquetipo, radica en su intima vinculación con la llamada culpa representada. Dolo eventual es aquel, en el cual el sujeto se representa la posibilidad de un resultado correlativo al desarrollo de sus actos, y tal resultado lo incluye en su voluntad de realización. El punto medular, es saber si el agente quiso realizar el hecho, y para ello es imprescindible determinar cual fue su actitud, frente a la posible realización del resultado. De ahí surgen dos planteamientos, uno de ellos se finca en la aprobación interior del sujeto de la posible realización del tipo penal, y se requiere que el sujeto halla asentido el probable resultado; como dicha opción pone su énfasis en el elemento volitivo del dolo, dicha teoría se conoce como del consentimiento. La segunda opción es la llamada teoría de la probabilidad, para la cual, sólo es suficiente la representación que el autor se haga del hecho, como eventualmente realizable, para que se confirme el dolo, esta teoría toma como fundamento el aspecto cognoscitivo. Últimamente se ha formulado una teoría mixta, por la cual para que concurra dolo eventual, el agente debe de manera sincrética, haberse representado la realización del tipo penal, y haberse conformado al menos con dicha representación, con ello se pretende ponderar los criterios del asentimiento y la representación, puesto que ciertamente como se ha señalado respecto de las teorías del consentimiento y la probabilidad se ha llegado a una especie de “consenso divergente” (Ragués I. Vallés, 1999:80/81). Por último respecto del dolo concurren diversas clasificaciones algunas de las cuales podrían tener cierta trascendencia, es por ello que al menos se mencionan: el llamado *dolus antecedens* o dolo antecedente y el dolo *subsequens* o dolo subsiguiente; el dolo reiterado, el dolo de ímpetu, dolo de propósito; dolo de lesión y dolo de peligro; dolo general y dolo específico; y el llamado dolo alternativo (ANTOLISEI, 1998: 251 ss).

5

PRINCIPIO DE NECESIDAD

Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado.

En ningún caso podrá imponerse medida de seguridad si no es como consecuencia de un hecho descrito como delito en la ley penal, ni por tiempo superior al que le hubiere correspondido al sujeto como pena por el hecho cometido. A tal efecto el tribunal establecerá en la sentencia, razonablemente, el límite máximo de duración.

El precepto se refiere en su primer párrafo a dos principios esenciales del Derecho Penal: el de utilidad y el de proporcionalidad.

El segundo párrafo supone un refuerzo o especificación del principio de legalidad respecto a la medida de seguridad, habiéndonos referido a ello con anterioridad en el art. 1 de este Código.

40

El principio de utilidad

Supone un auténtico *límite* al ejercicio del derecho punitivo del Estado, de forma que el Derecho Penal sólo se entiende legítimo en cuanto protege a la sociedad.

El postulado de necesidad que tienen que cumplir la pena o la medida de seguridad comporta dos *consecuencias* esenciales:

a) No debe acudir al Derecho Penal cuando la sociedad puede proteger sus intereses por otros medios, preferibles a los instrumentos penales, si resultan menos lesivos para los derechos individuales. El Derecho Penal ocupa un papel subsidiario según el cual es el último recurso que se debe utilizar, a falta de otros instrumentos. La utilización de medidas penales -sin duda represivas- como reacción ante determinados comportamientos debe llegar a partir de una cierta gravedad en la ofensa o la necesidad de un determinado grado de contundencia en la reacción social frente a la acción ofensiva, por lo que la intervención del Derecho Penal comienza allí donde otras sanciones -p.ej. de índole civil o administrativa- son insuficientes para la recomposición del orden violado: *el Derecho Penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas*

que afectan a los bienes jurídicos que protege, sino únicamente las más peligrosas modalidades de ataque.

Este principio tiene especial relevancia como *instrumento de interpretación del alcance de la norma penal*, con particular utilidad para discernir en aquellos bienes jurídicos que están protegidos al tiempo por normas de naturaleza penal y de otra índole (administrativas, los más de los casos, siendo paradigmático, a título de ejemplo, el caso del derecho medioambiental). *No tendrá relevancia penal el hecho suficientemente protegido (por la relevancia de la ofensa y de la reacción) por normativa sancionadora de índole extrapenal.*

b) *No siempre la perpetración de una conducta debe llevar aparejada la imposición de la pena (mejor sería hablar de “ejecución”),* ya que específicas circunstancias concurrentes en el caso pueden hacer decaer la oportunidad de hacer cumplir la pena impuesta. Tal es el fundamento de la existencia de las instituciones a las que el Código atribuye la virtualidad de suspender la ejecución de la pena o la propia concepción de la pena privativa de libertad (art. 27 de la Constitución) como orientada fundamentalmente a la prevención de delitos y a la readaptación social y educación del delincuente, conseguido lo cual, el mantenimiento de la ejecución de la pena puede dejar de ser necesario.

41

Principio de proporcionalidad

La graduación de la penalidad está sustentada en la necesidad de que exista una relación de proporcionalidad entre el hecho y la pena, desde la premisa de que ni la sociedad genera el mismo desvalor ante las diferentes formas que puede adoptar el ataque frente a los bienes protegidos por el Derecho Penal, ni incluso todos los ataques posibles a un mismo tipo de bien protegido penalmente tienen la misma importancia social.

La medida de la proporcionalidad se establece en atención a la *trascendencia social del hecho* conceptuado como delito, trascendencia que es *un valor cambiante a lo largo de la historia*, por lo que el Derecho Penal debe adaptarse en lo posible a la mutabilidad de tales valores y su intérprete y aplicador estar igualmente atentos a ello en el manejo de los *instrumentos de graduación de la pena* de que provee el Código.

Si la gravedad de la pena viene fundamentalmente determinada por el principio de culpabilidad, es la peligrosidad del sujeto lo que básicamente informa la imposición de la medida de seguridad, por lo que el criterio de proporcionalidad, siempre atento a la

gravedad del hecho, maneja en cada caso referencias distintas, según se trate de la imposición de una pena o de una medida de seguridad.

El principio de proporcionalidad opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles *vulneraciones de concretas normas constitucionales*. El ámbito en el que habitualmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales, de manera que está proscrita la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo si ello implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos constitucionalmente garantizados.

Cuando el principio de proporcionalidad se refiere a la *comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena* este juicio corresponde al legislador en el ejercicio de su actividad normativa, delimitando el marco abstracto de la pena que corresponde a un determinado tipo delictivo con una multiplicidad de criterios; no obstante, esta relación de proporcionalidad en ningún caso puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona.

42 Principios que rigen la imposición de las medidas de seguridad

A las medidas de seguridad se extiende el *principio de legalidad* con una especial apostilla y es que la medida no puede tener razón de ser propia, sino que *necesita la perpetración de una conducta delictiva como referencia ineludible*, con obvia exclusión de las medidas predelictuales.

Las *medidas predelictuales* están limitadas al ámbito de la *Ley del Estado Peligroso* y tienen su legitimación en el párrafo cuarto del art. 13 de la Constitución cuando se refiere a la imposición de medidas reeducativas o de readaptación por razones de defensa social a quienes lleven a cabo una actividad antisocial, inmoral o dañosa, revelando un estado peligroso y de riesgo inminente para la sociedad en general o sus individuos en particular.

Este principio de legalidad, en el caso de las medidas de seguridad, se concreta con la definición de los supuestos en que procede su establecimiento en los arts. 27 y 94 del Código Penal, que suponen sin duda una restricción al ámbito de su posible imposición.

Dos son los *presupuestos materiales* que deben fundamentar la imposición de las medidas según el citado precepto:

- Un delito previo y
- La apreciación en el sujeto de una causa de exención de la responsabilidad criminal prevista en el art. 27.4) o la concurrencia incompleta de una causa de exención prevista en el art. 27.5) del Código.

Límite de duración de las medidas de seguridad

El postulado de que *el tiempo de imposición de la medida no puede exceder del de la pena que eventualmente hubiera podido corresponder al sujeto* parte de la idea de no hacer al afectado por la misma de peor condición que el declarado culpable en quien no concurriera la invocada causa de exención.

Es *la pena abstractamente aplicable al hecho cometido* la que debe servir para fijar esa duración máxima, aunque considerando que si se trata de una forma imperfecta de ejecución o una participación distinta a la del autor, la minoración punitiva que ello comporte respecto al delito será la que se tome como referencia para fijar ese máximo.

El *que sea la sentencia la que fije ese límite máximo y ello deba razonarse en la resolución* es consecuencia del principio de seguridad jurídica y de garantía jurisdiccional, pues, siendo indudable que la medida supone una carga para el sujeto, es en el acto del juicio donde éste podrá argumentar en su defensa las razones que a su criterio puedan afectar a la pertinencia o duración de la medida de seguridad, sin perjuicio de que la evolución futura que pueda tener su cumplimiento opere exclusivamente en su favor, tal como prevé el art. 95 del Código Penal al tratar los efectos de la progresión del sujeto sobre la duración y pervivencia de la medida impuesta.

43

La limitación temporal -sin duda necesaria- no dejará de plantear problemas en el caso de la medida de sumisión a tratamiento médico psiquiátrico o psicológico, toda vez que en este caso la razón de ser de la medida, fundamentalmente terapéutica, e imperativos científicos del propio tratamiento pueden demostrar con notoriedad la insuficiencia del periodo de sujeción para conseguir cualquier eficacia curativa o de mejora; sin embargo, sopesando los intereses en juego, sí parece fuera de toda duda el desterrar la posibilidad de que la actuación penal del inimputable afectado por estas anomalías, cualquiera que sea la trascendencia de su acción, pueda llegar a significar una sumisión incontrólada o perpetua al tratamiento, sin perjuicio de que el ámbito civil del derecho pueda propiciar la existencia de otros instrumentos que, en el caso de incapaces, signifiquen la sumisión de los mismos a terapias directamente destinadas al control o mejora de su situación.

El Código silencia cualquier referencia a la *gravosidad* de la medida, la cual, no obstante, habrá de establecerse en atención a los bienes jurídicos o derechos fundamentales que al sujeto restringe o suprime. Ni el art. 93 ni el 94, donde la cuestión se desarrolla más ampliamente, hacen mención al tema, mas debiera ser criterio a seguir el de que *sólo se imponga una medida de seguridad consistente en el internamiento del sujeto cuando al delito se imponga o pueda imponerse también una pena privativa de libertad*, pues, de lo contrario, sería imposible interpretar el parangón que el legislador pretende entre la cuantía de la pena y la cuantía en la duración de la medida, lo que acaecería en el caso de imponer una medida de internamiento a una conducta sancionada con pena no privativa de libertad.

JURISPRUDENCIA.

44

“A tal fin, no debe olvidarse que, como se ha sostenido antes en la presente sentencia, las medidas estatales para el combate de la criminalidad deben sujetarse a principios racionales, entre ellos el de proporcionalidad. De tal principio se habla ya en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano según el cual “la ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias”. Y actualmente es reconocido por la doctrina que tal principio implica: (a) la idoneidad de los medios empleados –en el sentido que la duración e intensidad de los mismos deben ser los exigidos por la finalidad que se pretende alcanzar–; (b) la necesidad de tales medios –en el sentido que se debe elegir la medida menos lesiva para los derechos fundamentales, es decir, la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado–; y (c) la ponderación de intereses, a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionalidad de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger. (Inconstitucionalidad, 14-02-97)”

“Específicamente en lo relativo a la pena, el principio se manifiesta en la predeterminación –legislativa– y la aplicación –judicial– de la pena privativa de libertad, sólo y estrictamente en la medida y grado necesarios para que la pena cumpla su fin esencial, sin desnaturalizar su carácter utilitario o instrumental en relación a tales fines; el agravamiento de la misma de forma tal que exceda la medida o el grado necesarios para el cumplimiento de sus fines, deviene en inconstitucional, por violentar la función de la pena privativa de libertad preceptuada en el art. 27 Cn. Finalmente en relación a tal principio hay que decir, que el mismo no se reduce al ámbito de la aplicación de la ley –lo cual corresponde al Órgano Judicial– sino que parte desde la formulación de la norma que construye el tipo penal, función que –en virtud del principio de legalidad– le corresponde al Órgano Legislativo. Es, por tanto, errónea la consideración según la cual es al juzgador a

quien le corresponde, haciendo uso de la sana crítica, ponderar y medir la razonabilidad y proporcionalidad de la pena, ya que tal función se ve considerablemente reducida si la ley penal ya le ha determinado al juzgador un parámetro desproporcionado para la individualización e imposición de la pena. Del análisis del artículo 2 de la ley en cuestión en relación con la finalidad del cuerpo normativo, se advierte que en el considerando II, el órgano emisor dice que la ley se emite: “ante el alarmante incremento de la criminalidad” en virtud del cual la mayoría de la población estaría “demandando que se dicten medidas urgentes y especiales (...) para sancionar con mayor severidad a los responsables de los hechos criminales”. De tal consideración se advierte que el agravamiento de las penas –adoptada como una medida para sancionar con mayor severidad a los delincuentes– no se adecua a la finalidad prescrita por el art. 27 Cn pues se desnaturaliza su función resocializador y se le convierte en un mecanismo intrínsecamente represivo. Consecuencia de ello es que, en cuanto el art. 2 de la ley en cuestión autoriza la imposición de penas aumentadas en una tercera parte o hasta dos terceras partes de sus límites máximos implica una violación a la mencionada disposición constitucional, pues supone una desnaturalización de la pena, por el excesivo uso de la misma, como medio para alcanzar los fines prescritos por la Ley Suprema. Por ello respecto de tal motivo argumentado por los demandantes, el art. 2 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado es inconstitucional, y así debe declararse en esta sentencia. (Inconstitucionalidad, 14-02-97)”

45

Que no es necesaria la aplicación de la pena de prisión al condenado, por tratarse de una persona de la tercera edad, en quién la prisión no tendría ningún efecto preventivo especial. (Casación, 16-12-99)

Por último la determinación de la medida de seguridad exige que exista proporcionalidad entre la sanción a imponer y el hecho realizado, tal principio denominado de proporcionalidad en sentido estricto y que para nosotros es una garantía penal mínima; indica que tal imposición es legítima, sólo en cuanto a la necesidad de la misma, artículo 5 CP y como consecuencia de un delito. (T.S. 3° S.S., 21-09-01)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El principio de necesidad de la pena o de prohibición de exceso, es una clara manifestación del principio de culpabilidad, precisamente en el sub-principio de la proporcionalidad, por ello, la manifestación concreta de dicho principio, se enmarca dentro del ámbito regulador de las consecuencias jurídicas del delito, es decir se abarca tanto a las penas como a las medidas de seguridad; precisamente por eso, no es

ocioso manifestar, que justamente la cuestión de la proporcionalidad, surgió de la necesidad de graduar la medidas asegurativas, que tenían una dirección indeterminada, propia de la ideología del tratamiento terapéutico. Corresponde aquí examinar la dimensión del principio de necesidad, desde una doble vertiente: a) la de necesidad de pena o medida de seguridad; b) la de proporcionalidad de la pena y de la medida de seguridad.

A) En cuanto a la necesidad de pena, debe precisarse que este principio que indica que las penas y medidas de seguridad únicamente deben ser impuestas cuando sean necesarias, esta erigido sobre el principio de mínima intervención del derecho penal, que en este caso se refiere a la utilización de *última ratio* de las coerciones materiales, de ahí que, la imposición de una pena o medida de seguridad, debe ser una especie de último recurso, esta dirección tendrá una manifestación dicotómica, por una parte, la cuestión de prescindir de la imposición de una pena; por otra parte la cuestión de mutación de la pena de una que es más restrictiva a otra menos lesiva, dentro de esta modalidad queda comprendida la ejecución de la pena a la que se alude en los comentarios originales.

46

En cuanto a la necesidad de la pena, debe despejarse un mito hasta hace poco lustros imperante en el ámbito del sistema penal, en el sentido que al delito cometido culpablemente, inexorablemente debería corresponder la imposición y ejecución de una pena, en una especie de retribucionismo absoluto, para purgar completamente la culpabilidad, mediante la imposición de la pena, ante la lesión a la “majestad del derecho”. Este postulado comenzó a reducirse, con el advenimiento de los subrogados penales, que permitían la no ejecución de la pena o su ejecución incompleta, mediante las opciones de prevención especial positiva. Actualmente el panorama de la necesidad de la pena, se vislumbra bastante permeado, tanto en el ámbito del derecho penal de fondo como el ámbito del derecho procesal penal; ello es necesario mencionarlo, para dar una idea más acabada, de que la aporía de la imposición y cumplimiento de una pena ante el delito, es una cuestión bastante relativizada.

Así en el ámbito del derecho procesal penal, campea por ejemplo el criterio de oportunidad, que por diferentes motivos, impide la continuación del ejercicio de la acción penal para inquirir una sanción penal, las causas de procedencia son diferentes: la insignificancia del hecho, lo exiguo de la contribución del partípe, la mínima culpabilidad; el llamado derecho premial; la denominada pena natural; la ejecución de penas de largo alcance. También enerva la persecución penal y la expectativa de una pena, las formas de justicia restitutiva o reparatoria, la denominada “probation”, la revocación de la instancia particular, el régimen del perdón para ciertos delitos. La nota particular para todas estas formas, es que se enerva el ejercicio de la acción penal, es decir, de la

persecución del delito, tal panorama, es una muestra importante de la flexibilización del principio de imposición de pena, como una consecuencia ineludible ante la manifestación del delito y aunque pertenezcan estos modelos al ámbito procesal, la unificación intra-sistemática del orden penal justifica su invocación.

En el ámbito de la dogmática penal, también existen claras manifestaciones del principio de necesidad de pena, baste señalar el régimen del perdón del ofendido, tanto en los delitos de acción privada como en los de previa instancia particular, previsto en el artículo 107 CP y el caso de enfermedad incurable en periodo terminal, artículo 108 CP; así como el caso de perdón judicial fundado en los artículos 82 y 96 número 7 CP.

Sin embargo, debe examinarse si conforme al principio de necesidad de pena del artículo 5 CP, que es un principio rector, en este caso derivado del principio de proporcionalidad, es posible no imponer pena o medida de seguridad cuando estas no sean necesarias, y fuera de los casos que se han enunciado *supra*. La cuestión es de vital importancia, si partimos de una construcción integrativa de la pena en cuanto a su fundamentación, ello podría ser posible; que la pena no se fundamente en la absoluta retribución, y que tenga fines instrumentales, es una cuestión que se deriva del programa constitucional de la pena que —que en nuestra opinión— admite tanto fines de prevención general como de prevención especial en sus aspectos positivos (se aspira a que la pena “procure la readaptación y la prevención del delito”); ahora bien, esos fines en el programa de la Constitución, no deben entenderse absolutos, por cuanto se encuentran limitados por otros principios de igual rango, de ahí que el límite para tales efectos preventivos de la pena, surja precisamente del principio de culpabilidad también reconocido en el artículo 12 Cn. De ahí que, los fines de prevención general y especial, en cuanto a la imposición de una pena, encuentren su correspondiente limitación en el grado de culpabilidad, las penas no pueden en virtud de los fines signados, rebasar el grado de culpabilidad que le corresponde al justiciable, así el grado de culpabilidad, al final es el límite de la pena, esta es una derivación propia de la limitación del poder penal en virtud de los principios (Roxin, 2000: 72/73).

Bajo este esquema, la pena si es posible por una parte que descienda por abajo del grado de culpabilidad, si así lo aconsejan, situaciones de prevención especial y no se encuentra afectada los aspectos de prevención general; de igual manera puede prescindirse de la pena, si esta es innecesaria de acuerdo a los fines de prevención especial, y se mantiene incólume los parámetros de prevención general. Esta formulación parte de una idea esencial en toda la sistemática del derecho punitivo, la favorabilidad de las normas penales en beneficio del justiciable y no en su perjuicio. Nótese que esta forma de entender el principio de necesidad de pena, pasa por que se cumplan también los fines preventivos del derecho penal, los cuales no pueden ser puestos en riesgos,

para aclararlo con un ejemplo, una persona con una excelente formación académica insertada exitosamente en el orden social, que ha cometido un delito por ejemplo no convencional, ¿estará necesitada del ámbito de prevención ?; la disvaliosidad de la conducta, a quien por ejemplo podría exigírsele más, indicaría que su contexto no lo excluye de la dimensión de la prevención especial, otra cosa es que tipo de ejecución de pena habría que asumir respecto de la persona para que sea de utilidad. Y de acuerdo a los fines preventivos generales positivos, la no imposición de pena, trastocaría la igualdad del derecho penal. Pero para estas decisiones, no puede haber un marco absoluto, cada caso en particular debe ser contrastado con la necesidad o no de la pena y de los fines preventivos de acuerdo a las características particulares del hecho y de la persona. Obviamente, el punto esencial es, que parámetros podrían asumirse para determinarse un criterio de necesidad de pena en su merecimiento concreto, lo extenso del tópico desbordan las posibilidades de estos comentarios.

48

B) En cuanto a la proporcionalidad de la pena, deben manifestarse dos concreciones del principio de necesidad. La primera de ellas alude a la denominada proporcionalidad de la pena en su merecimiento abstracto. Para ello se requiere, que exista una proporción entre la configuración de la conducta prohibida por el tipo penal, y la pena que en abstracto se fije al tipo penal; en este punto, la necesidad de un ponderado examen intrasistemático, de los tipos penales, respecto de la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados, será el mejor instrumento para cumplir, con este mandato del principio de proporcionalidad que en este caso esta dirigido a quien configura la conminación penal, el legislferante, pero la jurisdicción no es ajena a esta problemática, por que aun respetando el amplio margen de libertad configurativa, que tiene el legislferante en la determinación de lo punible, corresponde al poder judicial, ejercer el control de constitucionalidad sobre este aspecto tan esencial, y esta labor de control de la normativa infra-constitucional respecto de la normativa constitucional por mandato del constituyente puede ejercerse desde una forma concentrada –Sala Constitucional– o desde el control difuso de la constitucionalidad –la jurisdicción ordinaria que deba pronunciarse sobre la aplicación de las normas– enjuiciando no sólo los hechos sino la validez del derecho que se aplica.

La proporcionalidad en abstracto, impone una correlación de ponderación sobre las penas que se asocian a los delitos, las cuales no deben ser desproporcionadas en su determinación, siendo diversos los criterios que pueden asumirse, como la entidad del bien jurídico protegido, la forma de resguardo que se le otorga a dicho interés vital, ora en grado de lesión o de peligro concreto o abstracto; el adelantamiento de las barreras punitivas; la especie de la pena. Sin embargo, conviene hacer una puntualización a la diferenciación del merecimiento de pena, en el aspecto en el denominado ámbito externo, el cual esta garantizado por el principio de culpabilidad, y la transgresión a dicha regla

significara la alteración sustancial de dicha garantía; hay aspectos en la sistemática del delito que deben estar completamente diferenciados en materia de determinación de pena así: (1) las penas deparadas para los delitos dolosos deben tener una extensión mayor que la de los delitos culposos en el rango de su especie y en su interconexión de tutela de bienes; (2) la penas dispensadas para los autores deben ser diferenciadas en cuanto a su gravedad para la pena de los partícipes; (3) la pena del delito consumado debe ser distinta en cuanto a gravedad de la pena de la tentativa; (4) la penalidad de la tentativa debe ser de mayor gravedad y nunca igual a la pena de las resoluciones manifestadas, conspiración y proposición en la misma especie de delitos; (5) las penas de los delitos de lesión deben diferenciarse en cuanto a su mayor gravedad de las penas de los delitos de peligro; (6) la escala de jerarquía de los bienes jurídicos debe ser un rector de la penalidad, los merecimientos deben ser diferenciados entre bienes jurídicos individuales, colectivo y difusos; las aproximaciones que se hagan de mayor o menor gravedad han de tener en cuenta la relación de los bienes comunitarios, con el mayor acercamiento a la base de un derecho individual.

La segunda concreción, atañe al denominado merecimiento en concreto de la pena, y esta circunscrito a la fijación de la pena por el hecho concreto cometido, función que en este caso corresponde al juez que impone la pena, y para ello deben observarse los parámetros del desvalor del injusto y de la graduación de la culpabilidad, justipreciando ambos no por su sola concurrencia sino por la intensidad de los mismos, ello salvaguarda la garantía de culpabilidad, respecto del *quantum* de la pena que en concreto habrá de imponerse. El sincretismo de los criterios predichos, unidos a la finalidad de prevención especial como expectativa de readaptación, bajo el fundamento del principio de resocialización (Silva Sánchez, 1992: 263) constituyen las pautas que marcan la fundamentación de la pena, respecto de la graduación del ilícito culpable, en este ámbito, la jurisdicción esta obligado a respetar la debida proporcionalidad, en la dosimetría de la pena que en concreto imponga, observando los criterios dogmáticos que encuentren su demostración en los hechos por medio de la prueba.

Conciérne abordar ahora, la cuestión de la imposición de medidas de seguridad, como parte del principio de prohibición de exceso, que en este ámbito también se torna en una garantía para los inimputables, que deban ser sometidos necesariamente a medidas de seguridad, ello como ya se dijo, es una superación de la doctrina de la sujeción terapéutica de claro cuño positivista decimonónico, que consideraba a las medidas de seguridad una especie de formas inocuas y piéticas, que sólo se utilizaban en beneficio de las personas, y que se estructuraban en la necesidad curativa y en la peligrosidad del agente, por lo cual se justificaba la indeterminación de dichas medidas, lo cual ha sido en esta época completamente superado, al haberse abdicado la ideología de la defensa social de clara impronta autoritaria y anti-humanista. Un primer punto a destacar,

es que no todo hecho cometido en el sentido de delito, dará lugar a la imposición de medidas de seguridad, es decir infracción a una norma penal, no es base para imponer medidas de seguridad, la mera tipicidad objetiva, no alcanza para ello, puesto que ya se advirtió que la imposición de medidas de seguridad, pasan por determinar la lesividad de un bien jurídico y además que la acción u omisión haya sido realizada con dolo o con culpa.

Un segundo punto que debe examinarse, es la duración de la medida de seguridad a imponer, para ello es acertada en principio la referencia que hace el comentarista original, de tener como parámetros los límites en abstracto que se determinan a partir del tipo penal cometido, es decir la medida que se imponga en cuanto a su duración, no podrá exceder del límite máximo fijado a la pena, que esta reservada para el delito cometido; se prohíbe con ello la indeterminación de la medida de seguridad, pero dicho parámetro de contención, no significa que al inimputable, por el hecho cometido tenga que imponérsele el máximo del periodo que fija la determinación del tipo penal, ello por que la dosimetría concreta de la medida, debe ser fijada por el tribunal indicando cual será el *quantum* de la medida que deberá imponerse a la persona, y los parámetros para tal decisión se corresponde entre el límite mínimo y el máximo que tiene acordado cada tipo penal. Para dicha determinación, debe procederse de manera análoga, como cuando se determina la pena, únicamente excluyendo, aquellos elementos que no pueden ser considerados en atención a lo no capacidad de culpabilidad del justiciable.

50

Un tercer punto a considerar, es el hecho de que la imposición de medidas de seguridad solamente –en nuestra opinión– procede imponerlas cuando se ha cometido delito, y no cuando se trata de una falta, esa es la intelección del precepto que reza: “En ningún caso podrá imponerse medida de seguridad si no es como consecuencia de un hecho descrito como delito en la ley penal...”; con lo cual la imposición de medidas de seguridad, respecto de las faltas no sería posible, sin embargo concurren otras opiniones –muy respetables por cierto– que entienden que si es posible la imposición de medidas de seguridad, por que conciben que el concepto de delito, ha sido utilizado en su acepción amplia como hecho punible, y además se invoca el fundamento del desvalor de la acción (Choclán Montalvo, 1999: 17/21). Sin embargo, entiendo que la imposición de medidas de seguridad, no es posible, en atención a por lo menos dos razones poderosas incardinadas en los siguientes principios: (a) por una parte el principio de legalidad impide que el vocablo delito sea interpretado de manera extensiva, es decir *in malam partem* puesto que las medidas de seguridad son en todo caso restricciones a los derechos o libertades de las personas, de ahí que no puede hacerse una interpretación análoga que será perjudicial, se impone entonces una interpretación restrictiva del concepto de delito, el cual ha sido utilizado en sentido estricto, con lo cual quedan excluidas las faltas (Sánchez Escobar, 2002: 114/118). Por otra parte, el principio de

necesidad, también estaría limitando la imposición de las medidas de seguridad a las faltas, si se tiene en cuenta que, dicha infracción penal, es una ofensa de menor entidad, por lo cual la consecuencia jurídica que tiene asociada también será de una corta entidad, si ello es así, la sujeción de una persona a una medida de seguridad, no tiene ninguna eficacia y es desproporcional, que es lo que precisamente pretende evitar el principio de necesidad, con lo cual reafirmamos la opinión de que las faltas penales están excluidas de la imposición de medidas asegurativas.

6

PRINCIPIO DE APLICACIÓN GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

Los principios fundamentales del presente Capítulo, serán aplicables siempre.

Las normas generales de este Código serán aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales, salvo que estas contengan disposiciones diferentes.

51

La persistencia de una legislación penal especial obliga a fijar la relación entre el Código Penal, como norma punitiva básica, y las leyes especiales. El Código Penal debe ser la norma básica y subsidiaria de todas las que tengan carácter penal.

El entronque de los principios mencionados en este capítulo en el derecho constitucional y, más en concreto, en la sección que en el texto constitucional se refiere a los derechos individuales, hace que su vigencia se extienda a todo el derecho punitivo, teniendo en cuenta que el mismo, por razones de técnica legislativa, no sólo se concreta en este Código, sino que otras normas tienen también un contenido penal.

La generalidad de los principios y la legitimidad que les otorga su raíz constitucional hacen incluso que su vigencia trascienda el derecho punitivo, pudiendo predicarse sin duda su eficacia sobre todo el derecho sancionador, el cual tiene sus más desarrolladas dimensiones en el ámbito administrativo.

El segundo párrafo se refiere a un concepto distinto y de rango diferente. Es técnica legislativa la que establece un primer bloque de reglas de aplicación de la norma penal comunes a las distintas especies delictivas, para desarrollar éstas en bloque separado.

La antedicha realidad de que el derecho penal del Estado no se encuentra compendiado en una sola norma provoca que las denominadas leyes especiales -aquellas que contienen normas de derecho penal fuera del Código Penal-, por su mayor simplicidad estructural, no reproduzcan las normas generales de aplicación, sino que se limiten a desarrollar conductas delictivas concretas. Ello hace que, en la mayoría de los casos, deba acudir a este Código para encontrar esa normativa, sin perjuicio de que particularidades específicas de las conductas descritas en esas leyes especiales hagan que las mismas puedan estar dotadas de normas de aplicación propias e independientes de las contenidas en el Código Penal.

Esto no obstante, aun desde la primacía de tales normas, el Código siempre será sin duda una inmejorable fuente que ayude a integrar adecuadamente las carencias o dudas que las leyes especiales puedan plantear, proyectando los criterios de interpretación y aplicación de la ley penal plasmados aquí.

La supletoriedad del Código Penal debe interpretarse en función de la naturaleza de cada precepto y de las necesidades planteadas por la ley especial.

JURISPRUDENCIA.

52

"En conclusión tratándose de inimputables a quienes se enjuicia para la posible imposición de medidas de seguridad, es presupuesto de la imposición de la consecuencia jurídica la comprobación –sin duda razonable– de la totalidad del injusto, es decir, que debe probarse todos los elementos de la tipicidad, tanto la objetiva –dentro de estos la autoría– como subjetiva y de igual manera ha de probarse que el comportamiento ha sido antijurídico. Las garantías penales mínimas de *Nulunm crimen, nulla poena, sine actione, sine injuria y sine culpa*, son predicables tanto para los imputables como para los inimputables, no pudiendo hacerse distinciones, respecto de las mismas, en el sentido que dichos principios sólo protegen a imputables y no a inimputables, pues ello supondría –de verificarse – un tratamiento desigual e incluso discriminatorio que lesionaría el artículo 3 Cn. (...) Como se expresó también deben observarse –sin excepción – los principios del derecho penal material que se aludieron en párrafos que preceden, por que a partir de ellos se proscribía la responsabilidad objetiva y las meras infracciones normativas, sin afectación a bienes jurídicos respecto de los inimputables, con lo cual estamos indicando que la peligrosidad no es el fundamento de la imposición de medidas de seguridad, sino que el cimiento de las mismas lo constituye el injusto; tal intelección procede precisamente de los principios de legalidad, lesividad y responsabilidad garantías penales mínimas contenidas en los arts. 1, 3, y 4 del Código Penal y además del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que se desarrolla a partir del principio

de necesidad, respecto de las medidas asegurativas, consignadas en el mismo *corpus iuris*. (T.S., 3° S.S., 17-07-01)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Conviene destacar en este apartado, la preeminencia de los principios, entendidos como enunciados rectores que sistematizan todo el *corpus* normativo, debe también hacerse énfasis en la jerarquía de dichos principios, lo cuales les concede una fuerza normativa especial, que encuentra su correcta expresión en la frase “serán aplicables siempre”, tal imperatividad, deviene de la fuente de la cual, se derivan los axiomas que funcionan como garantías penales mínimas, la cual es la Constitución, de ahí que, son los principios constitucionales los que se han normativizado en la ley secundaria. El principio de legalidad deviene del artículo 15 y 21 Cn; el principio de dignidad humana es una derivación del artículo 1; el principio de lesividad se origina del artículo 2 Cn; y los principios de responsabilidad y necesidad, son derivaciones propias del principio de culpabilidad incardinado en el artículo 12 Cn, de ahí la prerrogativa de dichos principios, en cuanto a su aplicación para todo el cuerpo normativo del Código penal, tanto en los aspecto de la denominada parte general en todos sus ámbitos, como la designada como parte especial, se encuentran subordinados a los principios como garantías mínimas (Muñoz Campos, Durán Ramírez, 2002: 169); y es que no debe olvidarse que los principios precisamente tienen por finalidad, el instaurar límites al ejercicio de las potestades punitivas del Estado (Prittitz, 1999:435/441) guareciendo a los gobernados, de las intervenciones autoritarias o excesivas del poder estatal; sólo reconociéndose esos límites, puede hablarse de un Estado Constitucional y democrático. En materia penal los principios han sido definidos como aquellos “axiomas fundantes forjados por el hombre desde tiempo inmemorial que convertidos en patrimonio común de los pueblos civilizados, permiten orientar y encausar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica” (Velásquez V, 1997: 256).

53

Quizá convenga ser aún mas categóricos, respecto de los principios para evitar confusiones; en cuanto a la intelección del inciso segundo del precepto examinado, acierta plenamente el comentarista cuando indica, que el “segundo párrafo se refiere a un concepto distinto”, vinculándolo a las normas generales del código; ello permite elucidar que los principios como garantías penales mínimas, serán aplicables siempre tanto al código penal como a las leyes especiales, en este punto no hay excepciones. En lo concerniente a las normas de la parte general, únicamente conviene señalar, que su no aplicación se deviene de que en las leyes especiales, se hallan estructurado normas generales, que sean disímiles en sus contenidos, respecto de los que se han acordado para las normas de la parte general del código penal, empero sino se ha estructurado una parte general en las leyes especiales, las normas penales incompletas,

le son aplicables, si por su propia naturaleza pueden adaptarse a los tipos penales que se configuren en las leyes especiales, y ello es así, por que, por ejemplo, en un tipo penal de peligro, no podrá aplicarse la figura de la tentativa. Sin embargo, debe repararse en una última situación que si es esencial, y que no puede ser rebasada por las normas de las leyes especiales, aunque sean desemejantes; en la parte general existen normas, que son también derivaciones implícitas de las consecuencias de los principios penales, y si ese es el caso, la norma que tiene a su base un principio, debe ser observada, por ejemplo el que el delito imposible no sea punible, descansa en el fundamento del principio de lesividad, la distinción de la pena de los partícipes y los autores descansa en el axioma del principio de culpabilidad, en casos de esa índole —es nuestra opinión— que debe aplicarse la norma general del código penal aunque sea diferente a la adoptada por las leyes especiales, puesto que el sustrato de la norma penal esta cimentado por una consecuencia de un principio constitucional.

CAPÍTULO II

DE LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

7

CONCURSO APARENTE DE LEYES

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código y no comprendidos en los artículos 40 y 41, de este Código se sancionarán observando las reglas siguientes:

- 1) El precepto especial se aplicará con preferencia al precepto general;**
- 2) El precepto subsidiario se aplicará en defecto del precepto principal, cuando se declare expresamente dicha subsidiaridad o ella sea tácitamente deducible; y,**
- 3) El precepto penal complejo absorberá a los preceptos que sancionan las infracciones consumidas en aquél.**

55

Se habla de *concurso de leyes* cuando un hecho es incluible en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría la incriminación repetida del mismo hecho, lo que está proscrito. Una sola norma comprende todo el juicio de reproche respecto al hecho o hechos concurrentes y por ello es un solo delito el que concurre y no varios.

El precepto viene a resolver aquellos supuestos distintos al concurso real o ideal, expresamente regulados en los arts. 40 y 41, a los que, de forma excluyente, el artículo invoca.

Si aplicando las reglas de este precepto se puede dar respuesta a todas las consecuencias penalmente relevantes del hecho, estaremos ante un solo delito, pero si una parte del hecho con significación jurídica queda sin ser valorada penalmente, habrá que aplicar una pluralidad de normas que están en una relación concursal real o ideal.

En el concurso de leyes el hecho lesiona del mismo modo el bien jurídico y en el concurso ideal de delitos el hecho lesiona más de un bien jurídico, cada uno de los cuales es tutelado por un precepto penal diferente.

Las reglas que se enumeran son *principios establecidos para determinar la norma aplicable en caso de concurso de leyes.*

Principio de especialidad

Se plasma en el punto primero y significa que concurren aparentemente varios preceptos, pero *uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás*, siendo éste el único precepto que ha de aplicarse.

El precepto más especial en relación con otro será el que, además de los presupuestos igualmente comprendidos por éste, contempla otros adicionales que le acercan más al hecho que se enjuicia: es el que contempla la mayor parte de los elementos del hecho.

Su aplicación no tiene en cuenta que la norma resultante sea más benigna o más dura.

56

Principio de subsidiariedad

Se plasma en el punto segundo y significa que un precepto penal sólo pretende ser aplicado para el caso de que no entre en juego otro precepto penal, que es el que se aplicará prioritariamente. Las más de las veces se da en situaciones en que distintos preceptos protegen el mismo bien jurídico frente a diversas formas de ataque.

La subsidiariedad puede venir reflejada expresamente o deducirse de forma tácita. Estaremos ante *subsidiariedad expresa* cuando en el propio precepto se manifiesta que su aplicación queda condicionada a que el hecho que prevé no constituya un delito más grave. La *subsidiariedad tácita* no está manifestada en la norma, pero la interpretación del precepto lleva a concluir que éste no pretende ser aplicado cuando el hecho puede ser calificado de forma más grave en virtud de la aplicación de otra norma que también recoge el hecho acaecido.

Principio de consunción

Se plasma en el punto tercero y significa que *una norma comprende en sí el supuesto de hecho de otra*, por ser el suyo más amplio o avanzar más en el desarrollo de la acción. Ello sucede porque el legislador, al construir el tipo más amplio, ya ha tenido en cuenta el juicio de reproche de los que quedan consumidos por él.

Sólo puede admitirse la consunción de una norma cuando ninguna parte del hecho queda sin respuesta penal, ya que, de lo contrario, habrá que aplicar el conjunto de normas que comprenden íntegramente el desvalor del hecho, guardando entre sí la relación concursal que resulte oportuna.

JURISPRUDENCIA.

“Con base a la doctrina penal entendemos que habrá concurso aparente de leyes penales cuando el contenido ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor ha cometido una lesión de la ley penal. Esta situación se da cuando en los tipos penales que serían aplicables al caso concreto existe una relación de especialidad, o de subsidiaridad, o de consunción. En otras palabras si la conducta del autor se subsume bajo varios supuestos de hecho -tipos penales- y el contenido delictivo, sin embargo, es absorbido con la aplicación de uno o de algunos de ellos, de manera que los restantes se deben dejar de lado. Esta es la idea básica sobre la que reposa el concurso aparente de leyes: En este sentido la consecuencia práctica del concurso de leyes reside en que solo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa pena, no debe computarse otras violaciones de la ley cerrando de esa forma la posibilidad de un Bis In Idem. (Casación, 18-02-03)”

57

“Por otra parte debe repararse en la circunstancia que el actuar difamatorio estará dado bajo la figura típica y no por la ley procesal, la que regula el mecanismo de aplicación de la norma sustantiva, esto se dice en atención a que la figura del tipo de desacato, tiene un carácter especial frente a la Difamación, puesto que en el Desacato, el sujeto pasivo de la misma puede ser un Juez, mientras que en la Difamación no se requiere ostentar calidad especial alguna, estas aseveraciones son congruentes con el principio de especialidad, regulado en el art. 7 no. 1, que expresa que “el precepto especial se aplicará con preferencia al precepto general”, igualmente con el principio de legalidad, art. 1 Pn. (Casación, 22-05-01)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Conviene aquí hacer unas adiciones a los comentarios originales, primero señalar, que el concurso aparente de leyes o de tipos penales, ocurre cuando hay un fenómeno de concurrencia –sólo en apariencia– de diversos tipos penales, como si concurriese un concurso ideal, pero un análisis detenido de la tipología penal y un uso adecuado del juicio de tipicidad, permitirán concluir que sólo se trata de la concurrencia, de un determinado tipo penal. Para determinar el examen mediante el concurso aparente de leyes, debe tenerse en cuenta los presupuestos siguientes: a) debe requerirse unidad de acción, puesto que la esencia del concurso aparente, es la posibilidad de que una

acción, encaje en más de un tipo penal, debe aquí recordarse, que el criterio de unidad de acción, no se corresponde con el de pluralidad de actos físicos, de ahí que, aunque hallan diversos actos musculares o físicos, esto no importa *per se* pluralidad de acciones; b) a la conducta desarrollada, deben corresponder en abstracto, la posibilidad de adecuación de varios tipos penales, de los cuales sólo uno o algunos serán aplicables; c) por regla general, el sujeto activo debe ser unitario, a menos que las conductas sean posibles de ser cometidas pluralmente, y de encajar en varios supuestos normativos de manera aparente.

58

Los principios que se establecen en el precepto son los siguientes: 1) el denominado principio de especialidad, por el cual cuando un supuesto de hecho, repite alguno o algunos de los elementos del tipo penal, o calidades del autor, de una manera más precisa o especial, de la que están reguladas en el otro tipo penal, que es de carácter más general; en estos casos, se aplica la tipología especial sobre la general, de ahí que la aplicación del tipo penal que es más genérico, ceda ante el tipo penal que tiene mayor especialidad en su construcción; es por ello que deviene el apotegma *lex specialis derogat legi generali*, el cual dicho sea de paso, no se refiere a la distinción entre leyes especiales y generales, en su sentido tradicional, de que las primeras están fuera del código penal, sino a la especialidad en la construcción típica, de la cual, tampoco en un momento dado podrían estar exentas las leyes especiales, y por ende de ser sujetas de un concurso aparente de tipos penales. Un ejemplo, quizá abonen a aclarar el panorama, si una persona por motivos pieticos, da muerte a ruego a un consanguíneo gravemente enfermo, el hecho en teoría podría ser adecuado a un supuesto de homicidio agravado por el parentesco, pero la especialidad de los motivos –entre otros– permite que la figura se adecue con mayor precisión al tipo penal de homicidio piadoso.

2) El principio de subsidiariedad, implica la utilización auxiliar de un supuesto típico, cuando no intervenga otro tipo penal, que de manera principal abarque la conducta, de ahí que, siempre el tipo penal que es subsidiario o accesorio, será desplazado por el tipo penal que de manera principal, permite adecuar la tipicidad; esa es la expresión del brocardo *lex primaria derogat legi subsidiariae*. La regla de subsidiariedad, tiene una connotación especial, no es una regla de subordinación sino de interferencia (Jescheck, 1993: 672) lo cual significa, que la primacía de este principio, radica en resolver concursos aparentes de tipos penales, en los cuales concurren diversos grados de afectación del bien jurídico, que discurren de una gravedad leve a una gravedad mayor, en tal sentido, los tipos subsidiarios ceden ante la interrupción del tipo principal, bueno es acotar, que la ofensividad puede ser vertical, por la intensidad del daño respecto del bien jurídico, que podría hacer operar una interferencia de un tipo penal a otro; o puede tratarse de un ofensividad horizontal, en la idea del *iter criminis* que también en su caso podría generar desplazamientos de normas subsidiarias a primarias.

Como bien se ha expresado por el comentarista original, la subsidiariedad puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando el legislferante de manera específica la declara en el supuesto de hecho del tipo penal, y para ello se utilizan fórmulas en el sentido de: “cuando el delito no está sancionado con una pena mas grave o una pena mayor”, cláusulas de esa índole estarán decantando una subsidiariedad expresa, son ejemplos de ella: el delito de violencia intrafamiliar –art. 200 CP– el; o por la frase “los hechos o el hecho se considerará por regla general –art. 147-A CP– ; o cuando la subsidiariedad se declara específicamente en la descripción típica –art. 243 inciso final CP– .

En cambio la subsidiariedad tácita, es aquella que se encuentra de manera latente en los tipos penales, y debe por ende ser deducida de la interpretación de la norma. Tal modalidad es susceptible de asumir cuatro formas: (1) por una parte la de los llamados actos co-penados sean previos o cuando se esta ante la figura de un delito de pasaje. Tiene relevancia, la vinculación de los actos previos, que puede por un lado constituir actos preparatorios para un delito, aunque dichos actos de preparación gocen de una autonomía penal, que normalmente siempre será de peligro, en estos casos el acto co-penado anterior es desplazado por el tipo principal, por lo que el delito de peligro no concurrirá al ser un hecho subsidiario, esta formas se presentan en la mayoría de “delitos de tenencia”. (2) el otro tipo de subsidiariedad tácita, radica en un carácter personal de ejecución, en los casos de concurso de personas, cuando el sujeto, realiza actos propios de autoría y de participación, en tal caso los actos más graves se erigen como principales, ante los de menor gravedad; (3) los tipos penales dolosos desplazan a los culposos; (4) los delitos desplazan a las faltas.

59

3) Principio de consunción. Esta regla, determina que la realización de un tipo penal, de mayor gravedad, absorbe a los supuestos de hecho de menor gravedad, de ahí que, siempre se aplica el precepto más grave, que en su desvalor ha consumido ya el de otros tipos penales, por ello es que en estos casos, el índice de pena se encuentra siempre más desvalorado, producto de incorporar un desvalor adicional de otra norma, que ya no será aplicable rige aquí el principio *lex consumens derogat legi consumptae* . Son formas de consunción, los denominados actos copenados posteriores, destinados por el agente, a asegurar los efectos del delito, que se han obtenido, mediante la ejecución del delito precedente; tales actos quedaran consumidos por el delito antecedente, siempre que los mismos no afecten un bien jurídico autónomo, y además en esa ofensa no generen una desvalor cuantitativamente desproporcional, sin embargo el criterio de autonomía del bien jurídico, es relativo, puesto que no siempre que concurra separación de bienes jurídicos habrá concurso ideal, y por el contrario concurrirá un concurso aparente, pesa a la heterogeneidad de los intereses jurídicos, sirva sólo indicar que el criterio del bien jurídico no funciona como un expansor de la punibilidad, y que precisamente significa un límite al poder de penalizar, pero además es importante

reconocer conforme al principio de culpabilidad, la prohibición de la doble desvalorización, con ello se indica que lo que sirve de base para la punibilidad, de una conducta –el fundamento del desvalor – ya no puede ser nuevamente considerado para configurar un nuevo desvalor ni como elemento central, ni como elemento agravatorio.

La otra forma de manifestarse, del criterio de consunción, es el de los actos típicos acompañantes, por los cuales, el delito ulterior, requiere del recorrido de varias acciones, que conforman a su vez tipos penales independientes, en una consideración abstracta, los cuales son necesarios para alcanzar la ejecución del delito posterior, por lo que también, integran la estructura del tipo penal, de ahí que, en la descripción típica del hecho que es complejo, los restantes hechos quedan ya consumidos, tal absorción de la complejidad, puede derivarse del supuesto de hecho o de una calificante especial, normalmente el hecho complejo, siempre tendrá una mayor penalidad, por que absorberá el desvalor del hecho, que ha sido consumido. Ejemplos claros son la concurrencia en el robo de amenazas, coacciones, de lesiones incorporadas al elemento violencia; o en el mismo delito de robo la utilización de armas de fuego como agravante especial, consume el delito de tenencia, portación o conducción ilegal de armas de fuego; en el delito de homicidio consumado o imperfecto, las lesiones que se causen quedan consumidas por aquel. En el delito de violación se consumen las agresiones sexuales coetáneas. En el delito de hurto o hurto agravado la violación de morada.

60

Otra forma de apareamiento de la consunción, es la que ocurre en los tipos penales alternativos, en los cuales, la pluralidad de conductas realizadas, no importa una nueva comisión de delitos, por que en ellos, basta que se realice uno de los supuestos típicos, para que se entienda configurada la tipicidad, de ahí que, la ejecución de otras formas del mismo supuesto de hecho, no multiplican la tipicidad, un solo hecho consume la conducta típica.

Uno de los fundamentos del concurso aparente de leyes o normas penales, radica en la prohibición, de penalizar doblemente o múltiplemente un único hecho, esta garantía es una derivación del axioma de la culpabilidad, en el sub-principio de proporcionalidad, puesto que resulta irrazonable, que a una persona le sean impuestas diversas penas, ante la subsunción de la conducta, en varios tipos penales, cuando el hecho generador es uno sólo, y este puede reconducirse a una exclusiva tipicidad, que desvalora de manera completa la conducta del justiciable, de ahí que, el concurso aparente de normas, es un excelente instrumento para evitar estas múltiples penalizaciones, y ello no es cuestión baladí, en la realidad, se imputan a partir de una conducta, diversas calificaciones de delitos, los cuales inclusive llegan a juicio con esa multiplicidad de imputaciones, cuando la conducta únicamente, puede ser adecuada típicamente a una sola imputación, según el caso de que se trate, en tal sentido, parece ser que hay una

disfunción, en cuanto a la función teleológica del bien jurídico, por que se parte del hecho, que si hay distintos bienes jurídicos comprometidos, inexorablemente deben haberse cometido diversos delitos; esa línea de orientación me parece deficitaria, por cuanto el bien jurídico es un criterio limitador, y no expansivo del derecho penal, el hecho de que una conducta afecte distintos bienes, no necesariamente hace surgir la multiplicidad de delitos, en el sentido de un concurso delictivo. Precisamente, para evitar esos excesos, es que se utiliza el concurso aparente de normas. Además, otra cuestión importante en el mismo sentido preindicado, es que por medio del concurso de leyes, es posible dar una mayor vigencia a la garantía de *Ne bis in idem*, que también es un axioma, que complementa el principio de estricta legalidad, por que no es posible, que una persona sea perseguida o sancionada doble o múltiplemente por un solo hecho, que se tipifica en un único delito, ello es compatible con la concepción de prohibición de múltiple persecución penal, que adopta nuestra Constitución en el artículo 11, por cuanto no asimila una formula restringida de *Ne bis in idem*, vinculándolo a la “cosa juzgada”, sino que la hace descansar en la prohibición de doble enjuiciamiento, de tal manera que, sí esta prohibido el ser “enjuiciado dos veces por la misma causa”, con mucha más razón, está prohibido también, no sólo el doble procesamiento, sino también y con mayor razón, la posibilidad de una doble condena por un mismo hecho, de ahí la importancia, de un instrumento racionalizador de la tipicidad, como lo es el concurso aparente de normas penales.

8

PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

La ley penal salvadoreña se aplicará a los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio de la República, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

Concordancia constitucional: Art. 84

El art. 48 del Código Procesal Penal extiende, como regla general, la competencia penal de los órganos salvadoreños al conocimiento de los delitos y faltas cometidos en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas en la Constitución y en el derecho internacional.

Como excepción, también conocerá los delitos cometidos fuera del territorio en los casos a que hacen referencia los dos artículos siguientes.

El *territorio del Estado* es el ámbito espacial en el que éste ejerce su soberanía, por lo que es el territorio el que delimita la validez del ordenamiento jurídico.

El territorio del Estado comprende la tierra firme, las aguas interiores, el mar territorial, el espacio aéreo situado sobre dicha tierra y aguas y los buques y aeronaves que navegan bajo bandera del Estado.

El *art. 84 de la Constitución* habla del territorio como referencia en la que el Estado ejerce su soberanía, con expresa mención a lo que se considera espacio insular, territorio marítimo y aéreo.

El principio de territorialidad es fuero exclusivo de aplicación de la ley penal cuando se trata de *faltas*, ya que la ley penal sólo se aplicará a las cometidas en el territorio nacional (art. 371.1 del Código).

62

Se trae aquí a colación lo dispuesto en el art. 12 del Código en cuanto a la *determinación del lugar de comisión del delito*.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La aplicación de la ley, se refiere a dos ámbitos de validez, que están interrelacionados, la aplicación de la ley penal en el espacio y el tiempo. En este caso, se esta ante el llamado principio rector, que es el de territorialidad (una forma de *ius solius*) que en primer lugar, reconoce que, a todo hecho punible cometido en el territorio, debe aplicársele de ordinario la ley penal, sin embargo, también se tiene a cuenta que el acontecer del delito, puede perfectamente involucrar a dos o más Estados, ora que el delito se comience a ejecutar en un territorio, y el resultado acontezca en otro o viceversa. El fundamento del principio de territorialidad, ha sido correctamente invocado por el comentarista original, y reside en la plenitud de la soberanía, como expresión de la misma, la ley penal del Estado, se aplicara a los hechos cometidos en el territorio nacional, o en los lugares sometidos a la jurisdicción del país. De ahí, conforme al principio de territorialidad, la ley penal se aplica ordinariamente a todos los habitantes con capacidad penal sean nacionales o extranjeros, sin hacer tampoco acepciones de quien es la víctima por el hecho cometido.

El concepto de territorio, esta necesariamente vinculado a la configuración que de él haga la Constitución y de ello se comprende: 1) la parte continental; 2) el territorio

insular; 3) las aguas territoriales, incluidas las comunitarias del Golfo de Fonseca; 5) el espacio aéreo; 6) el subsuelo; 7) la plataforma continental e insular; 8) el mar, el subsuelo y el lecho marino, hasta una distancia de 200 millas marinas desde la más baja marea según el derecho internacional.

Conviene –con las limitaciones del caso– apostillar algunas breves consideraciones sobre los componentes del territorio: a) La parte continental, se corresponde al suelo territorial o espacio geográfico natural, que esta constituida por la superficie de la tierra la cual alcanza hasta las demarcaciones fronterizas. El subsuelo constituye la dimensión terráquea que esta por debajo del suelo y que se prolonga verticalmente hasta el centro de la tierra; b) las aguas territoriales, son las aguas del mar que mojan las costas y que incluyen conforme a la “Convención del Mar”, la llamada “zona contigua”, que no puede rebasar las 24 millas marinas; c) la plataforma continental, es la parte submarina que esta en inmediato contacto con la línea de la costa, y su profundidad depende de regulaciones internacionales; d) el alcance territorial, que nuestra Carta Magna, da a las doscientas millas marinas constituye la llamada zona de exclusión económica; e) el espacio aéreo, es una zona en la cual también se ejerce territorialidad y comprende además del espacio aéreo propio, la atmósfera, la cual se encuentra limitada por el espacio sideral que es de codominio de todas las naciones. Un aspecto novedoso, dentro del espacio aéreo, es el espacio electromagnético, que esta constituido por la diáspora del conjunto de radiaciones de naturaleza electromagnética, por medio de la cual, el Estado recibe y difunde las ondas televisivas, radiales y satelitales.

63

Un aspecto importante a considerar, es el evento de que el hecho punible, pueda suceder en una embajada o en sede diplomática, sujeta a las reglas especiales de territorialidad, por ejemplo un homicidio que se comete en una embajada que esta acreditada en El Salvador; la ficción de territorialidad podría excluir de la aplicación de la ley salvadoreña a la persona que en dicho lugar cometió el delito y si la persona queda sujeta a la ley del país de ese lugar.

Los presupuestos para aplicar la ley penal salvadoreña, en virtud del principio de territorialidad serian los siguientes: 1) que el delito se halla cometido totalmente en el territorio; 2) que el delito se haya cometido parcialmente en el territorio, lo cual puede involucrar, que la ejecución del delito inicie en El Salvador, y se consume fuera del territorio, o a la inversa que el inicio de ejecución sea en el exterior, y el desarrollo de la ejecución, o la consumación del delito acaezca en el territorio del país; 3) que el delito suceda, en lugar sometido a la jurisdicción de El Salvador; 4) que tratándose de faltas, únicamente si su comisión se realiza en el territorio.

Debe indicarse, que en la tipología penal, no todos los tipos penales, estarán dotados de la capacidad, de poder ejecutarse en países distintos, en el sentido de iniciar su ejecución en un determinado territorio, y continuarse ejecutando o consumarse en otro. Por ello, es conveniente debe tenerse en cuenta que clase de delitos que podrían tener esa cualidad típica de extender su ejecución. Sin embargo, debe considerarse como casos especiales las realidades de la denominada delincuencia no convencional, que precisamente, uno de los paradigmas que desarticula es el de la aplicación de la ley penal en el tiempo y el espacio.

9

PRINCIPIO PERSONAL O DE NACIONALIDAD

También se aplicará la ley penal salvadoreña:

1) A los delitos cometidos en el extranjero por persona al servicio del Estado, cuando no hubiere sido procesada en el lugar de la comisión del delito, en razón de los privilegios inherentes a su cargo;

2) A los delitos cometidos por un salvadoreño en el extranjero o en lugar no sometido a la jurisdicción particular de un Estado; y, contra los bienes jurídicos de otro salvadoreño; y,

3) A los delitos cometidos en el extranjero por salvadoreños cuando se deniegue la extradición solicitada en razón de su nacionalidad, o por extranjeros contra bienes jurídicos de salvadoreños. (9)

El precepto tiene su razón de ser en la *prohibición del art. 28, inciso final de la Constitución, de hacer entrega de un salvadoreño* que se encuentre en lugar de soberanía del Estado a fin de ser enjuiciado en el extranjero por la posible comisión de una conducta delictiva. En contrapartida, se prevén las circunstancias en que el ciudadano va a ser enjuiciado por las conductas delictivas cometidas en el extranjero.

El *primer supuesto* resuelve sobre la evitación de la impunidad que pudiera afectar a los ciudadanos salvadoreños que lleven a cabo conductas delictivas en el extranjero, sin que el Estado en cuyo territorio se comete el delito pueda perseguir al sujeto en virtud de normas de derecho internacional que establezcan la *inmunidad* de ciertas

personas cuando se hallan en territorio distinto al suyo, lo cual sucede fundamentalmente en el caso de representantes diplomáticos y altos cargos del Estado.

El *segundo supuesto* se refiere a casos en que los sujetos activos del delito son ciudadanos salvadoreños que delinquen fuera de la jurisdicción territorial salvadoreña, sin que la soberanía de un Estado extranjero esté ejerciendo sus jurisdicción por tales hechos. La justificación de este precepto radica en el interés de proteger los bienes jurídicos del individuo (salvadoreño o no) allí donde se encuentre, evitando la eventual impunidad que pudiera comportar la no actuación del derecho punitivo de un Estado sobre el infractor, sumándose a lo anterior el que el principio de no entrega de los ciudadanos salvadoreños para que sean juzgados por otro Estado soberano no puede propiciar que sus comportamientos penalmente relevantes se vean afectados de impunidad.

Este supuesto guarda una cierta semejanza con el apartado tercero, ya que en ambos se habla de delitos cometidos por salvadoreños en el extranjero. La eventual repetición se evita postulando la interpretación de que, sea o no solicitada la extradición por un Estado extranjero (a lo que hace referencia el apartado tercero), la jurisdicción salvadoreña podrá extenderse a quienes llevan a cabo una conducta penalmente típica en lugar distinto a aquél sobre el que el Estado salvadoreño ejerce su soberanía.

65

El *tercer supuesto* recoge en realidad dos posibilidades bien distintas, que únicamente tienen en común el hecho de que el lugar del delito radica en territorio extranjero, si bien es de interés del Estado salvadoreño la actuación de su soberanía en el ejercicio del derecho punitivo en atención a razones bien diversas:

1º) Las normativas reguladoras de la extradición parten de *la no entrega del nacional* a fin de que éste sea sometido a procedimiento criminal cuando se encuentra en territorio sobre el que el Estado ejerce su soberanía; en contrapartida, se tiene que *evitar la impunidad del nacional* si ha llevado a cabo conductas que la propia legislación salvadoreña conceptuaría como delictivas, lo que hace que sea el propio Estado salvadoreño el que, con aplicación de su legislación y con sus órganos de Justicia, enjuicia y, en su caso, castiga la conducta de su nacional. Tal es el supuesto que recoge el primer inciso de este supuesto tercero.

2º) El segundo inciso parte de un postulado distinto, el de la *protección de los bienes jurídicos penalmente relevantes del ciudadano salvadoreño cualquiera que sea el lugar en que se encuentre* y la nacionalidad de la persona que ha llevado a cabo una lesión sobre los mismos. De esta manera, la jurisdicción salvadoreña se extiende sobre tales personas siempre que, de forma directa o una vez conseguida su extradición, puedan

ser sometidos a la jurisdicción de los órganos de la Administración de Justicia salvadoreña.

Lo mismo que el Estado salvadoreño es celoso de la no entrega de sus nacionales a fin de que estos sean sometidos a procedimiento en otro Estado, la situación de los otros Estados suele ser recíproca respecto a sus propios nacionales, de forma que, caso de encontrarse el sujeto en el extranjero, ha de ser en circunstancias que permitan su traslado al Estado salvadoreño al objeto de enjuiciamiento.

Toda la materia aquí recogida se encuentra sometida a los tratados internacionales suscritos por el Estado y a convenios particulares de cooperación recíproca.

JURISPRUDENCIA.

66

“La nacionalidad es el vínculo que une a una persona determinada con un Estado particular, fija su pertenencia a dicho Estado, le da derechos a reclamar la protección del mismo y la somete a las obligaciones impuestas por sus leyes. La nacionalidad no puede ser concebida como un derecho fundamental, sencillamente porque ésta no es una situación activa de poder concreto oponible al Estado o a otros particulares, sino una cualidad o estado de la persona. Aunque no existe un derecho fundamental a la nacionalidad protegible en el ámbito constitucional de un modo expreso y autónomo, como situación jurídica fundamental que es, siempre puede ser protegida de un modo directo cuando su afectación acarrea como consecuencia la imposibilidad de ejercer determinados derechos fundamentales. (Inconstitucionalidad, 23-04-01)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El principio de nacionalidad, también llamado de personalidad, permite por una ficción, que la ley penal, “siga” a sus nacionales, en el sentido de hacer prevalecer sus mandatos, tanto en cuanto incriminaciones activas como pasivas. Es este principio de carácter extraterritorial, por el cual, se permite imputar conductas delictivas, derivadas de la ley penal salvadoreña, a los hechos que los salvadoreños cometan en el extranjero, o a los cometidos contra salvadoreños. Es conveniente indicar, que este principio, asume dos arquetipos distintos, según sea la concurrencia del nacional en el hecho delictivo. Si el nacional, interviene como autor o participe en el delito, se da el principio de nacionalidad activa; por el contrario, si la ubicación del nacional es como víctima del hecho delictivo, se da el principio de personalidad pasiva. Las consecuencias de esta diferenciación, no son ociosas en la dogmática, si concurre el principio de personalidad activa la ley penal, se aplica sin importar quien es el titular del bien jurídico afectado, siempre que el bien jurídico sea objeto de tutela efectiva por las leyes salvadoreñas, lo cual incluye la

extensión del tipo penal. Un ejemplo, podría aclarar lo anterior, si un nacional causa la muerte de un extranjero en el extranjero, el objeto de protección tiene una simétrica tutela en el delito de homicidio, por tanto la ley penal es aplicable. Si un nacional falsifica moneda extranjera en un país extranjero, tal objeto de la acción –la moneda– no está resguardado por el bien jurídico, en este caso, fe pública del país, y a ese hecho no puede aplicarse la ley penal salvadoreña. En cambio si concurre el supuesto de personalidad pasiva la ley penal salvadoreña sólo es aplicable a la comisión del delito que perjudique bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico penal salvadoreño.

10

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

También se aplicará la ley penal salvadoreña a los delitos cometidos por cualquier persona en un lugar no sometido a la jurisdicción salvadoreña, siempre que ellos afectaren bienes protegidos internacionalmente por pactos específicos o normas del derecho internacional o impliquen una grave afectación a los derechos humanos reconocidos universalmente.

67

Este principio se extiende en la medida en que la delincuencia se internacionaliza, exacerbándose la sensibilidad internacional frente a la comisión de determinadas conductas delictivas, con independencia del lugar en que se lleven a cabo o de la nacionalidad de quienes aparezcan como responsables o víctimas de las mismas. No sería exagerado decir que lo que se pretende es que el delito no quede sin castigo.

Esto no obstante, el precepto debe tener una interpretación restrictiva, a la cual debe llegarse fundamentalmente con la aplicación de dos *criterios*:

1º) A través del adecuado funcionamiento de los mecanismos de cooperación internacional en esta materia, debe procurarse la entrega del sujeto al Estado que más adecuadamente deba ejercer su soberanía (p.ej., bien por ser nacional del mismo el delincuente, bien por haberse cometido el hecho en su territorio, bien por haberse visto afectados sus nacionales por la actuación delictiva), de forma que el Estado salvadoreño sólo debe arrogarse la competencia cuando, una vez excluida la propia competencia por la aplicación de las normas oportunas, se corra el *riesgo de impunidad de la conducta* tratada.

2º) No son cualesquiera *bienes jurídicos* -ni, por tanto, cualesquiera delitos- los que pueden dar lugar al conocimiento de la jurisdicción salvadoreña en virtud de la aplicación de esta norma competencial, sino que el precepto delimita materialmente el ámbito de esa competencia en dos supuestos:

a) Actuaciones que comprometan *gravemente a derechos humanos* reconocidos en Declaraciones y Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en El Salvador, siendo de reseñar los siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 10-12-48; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 16-12-66; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 16-12-66; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

b) Delitos cuya persecución internacional sometida a este principio esté expresamente recogida en *Instrumentos internacionales ratificados por El Salvador*, pudiendo citarse, a título de ejemplo (aunque no se ha confirmado plenamente la ratificación por El Salvador de los correspondientes tratados) los delitos de genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, etc.

68

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El principio de universalidad, también conocido como de justicia universal o de extraterritorialidad absoluta, se finca, en el principio de solidaridad entre los estados ante el fenómeno del delito; en este caso se aplica la ley penal salvadoreña, sin distinción de personas que participen en la comisión de los hechos, ni de los lugares en los cuales, las acciones u omisiones se realicen; la única limitación, se corresponde a la peculiaridad de los delitos que se tutelan, mediante la aplicación del principio de universalidad, puesto que no se trata de cualquier ilícito penal, sino que tiene que tener una caracterización normativa especial, que ya se ha tratado por el comentario original; y solamente corresponde agregar una cuestión de perogrullo, el hecho que se persiga por la ley penal debe estar construido con precisión en la tipología penal salvadoreña, vale decir por ejemplo el delito de Genocidio que se encuentra regulado 361 CP o el desaparecimiento forzado de personas que esta tipificado en el artículo 365 CP. Junto al principio de universalidad es importante recordar el principio de imprescriptibilidad conforme a las normas del derecho internacional, aspecto que será oportunamente abordado en otro comentario.

11

FAVORABILIDAD EXTRATERRITORIAL

En los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, se aplicará la ley vigente en el lugar de la comisión del hecho punible, si sus disposiciones son más favorables al imputado que las contenidas en la ley penal salvadoreña; sin embargo, se dará preferencia a la pretensión del Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el delito, si reclamare el juzgamiento antes de que se inicie el ejercicio de la acción penal.

El precepto contiene dos normas de muy diferente naturaleza:

1º) Como excepción a lo que es *regla general*, que el Estado aplica su propio derecho, puede darse el caso de que los órganos de la Administración de Justicia salvadoreña no apliquen el derecho propio del Estado sino el de aquél en cuyo territorio se cometió el delito, *siempre que sus disposiciones resulten más favorables* que las de la legislación salvadoreña.

69

El precepto surge de la ponderación entre el principio de aplicación soberana de la ley (el Estado crea su propia ley, que es la que aplica a sus nacionales) y el de aplicación de la ley más benigna posible cuando se trata de derecho sancionador. Prima el segundo sin duda en atención a que se supone que cuando la persona lleva a cabo una conducta penalmente relevante valora su comportamiento en relación con la norma que rige cómo debe actuar y cuáles pueden ser las consecuencias de una actuación contraria a lo que la norma quiere, fijándose esa referencia en la legislación que rige en el lugar en que suceden los hechos, todo ello, como se dijo, siempre en atención a que tal norma resulte más benigna.

Para la ponderación de qué norma reúna tal condición sería útil traer a colación los criterios expresados al tratar el art. 14 y las disposiciones transitorias de este Código, ya que su trasfondo radica en la comparación entre dos normas distintas que regulan una misma secuencia de hechos. Esto no obstante, aquí hay que tener en cuenta que definir si una legislación es más favorable que otra también en ocasiones viene determinado por el acceso a un determinado *sistema de ejecución*, lo cual obviamente ya no puede trascender de un Estado a otro, por lo que, una vez fijada la pena en la sentencia, su ejecución corresponderá íntegramente al sistema salvadoreño.

2º) Lo anterior tiene una *excepción* que comporta *que sea el Estado que ejerce su soberanía en el territorio donde el delito tuvo lugar el que escoja la legislación aplicable al caso concreto*, siempre que hubiera reclamado el enjuiciamiento del sujeto antes de que se dé inicio al ejercicio de la acción penal en El Salvador, para fijar lo cual habrá que estar a lo que dispone la Sección primera del Capítulo primero del Título segundo del Libro primero del Código Procesal Penal, sobre ejercicio de la acción penal, en relación con lo que para los actos iniciales del procedimiento se recoge en el Capítulo primero del Título primero del Libro segundo del mismo texto.

No se puede dejar de hacer notar que el último inciso del precepto adolece de una cierta oscuridad en su redacción que dificulta su sentido.

Podría pensarse que se está refiriendo a la pretensión del Estado de ser él quien juzgue al sujeto, pero ello deviene imposible por el hecho de que el art. 9, al que se refiere el presente, trata de ciudadanos salvadoreños como presuntos autores de las conductas delictivas, cuya entrega sería imposible por el antedicho imperativo constitucional que lo impide.

70

Tampoco puede pensarse que esa pretensión de la que se habla se identifique con la legislación de ese Estado por lo inidóneo del empleo del término y por comportar la fijación de la norma a aplicar de una forma gratuita y azarosa que carece de sentido.

La interpretación sistemática y gramatical de la norma parece ser la más acorde con la finalidad para la que se concibe, que no es otra que la que se expone en la explicación de la primera regla, compensando en cierta medida al Estado que soportó el delito en su territorio y que se ve impedido para perseguirlo con esta prerrogativa que se le otorga.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Quizá convenga señalar aquí algunas cuestiones a los comentarios originales, cuyo contenido esencial se comparten ampliamente. La excepción a la aplicación de la ley nacional, y la preeminencia de una ley extranjera, únicamente puede ser concebida si parte del principio de favorabilidad en el sentido de aplicar la ley más benigna. Si ello es así, el alcance de la aplicación normativa, esta supeditado casi con exclusividad, a las consecuencias jurídicas del delito; es decir la benignidad de la ley deberá en principio estar limitada a la sanción, y es que ello, parece razonable si se tiene en cuenta que la aplicación de una norma penal, pasa por la posibilidad de su conocimiento, de ahí que el mismo merme, si se trata de una incriminación de leyes extranjeras; obviamente, también es punto importante, el principio de reserva de ley, que en nuestro medio esta

consagrado para el poder legislativo salvadoreño, de ahí que la referencia que se haga a la ley vigente del lugar del hecho punible, pase por estas consideraciones; en virtud de lo anterior, es que el supuesto segundo del artículo en comento, no puede entenderse como una forma de aplicar la ley extranjera, aunque fuera menos favorable que la salvadoreña, por que además de perderse el supuesto de excepción, como lo es la favorabilidad, único que le da cierto grado de legitimación, se cernirían de manera más aguda los problemas enunciados de conocimiento de la ley, pero sobre todo de aplicación de una norma penal, por un órgano de poder, que no es el reservado para dictarla, y que sea aplicada por la jurisdicción nacional. Por último, la intelección de la última frase, que coincidimos es umbría, también podría dar lugar a la cuestión, de la extradición pero de extranjeros nunca de nacionales y ello es plausible, por que en los dos supuestos normativos invocados por el artículo 11 CP, es posible que personas extranjeras, se encuentren en dicha situación, el caso del principio de personalidad pasiva es uno de ellos, en los cuales, el extranjero, puede haber cometido fuera del territorio un delito contra una persona salvadoreña, o el caso del principio de universalidad. Si es oportuno recalcar que en caso de nacionales la extradición no esta permitida y el supuesto no es aplicable.

12

71

TIEMPO Y LUGAR DE REALIZACIÓN DEL HECHO PUNIBLE

El hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aún cuando sea otro el tiempo del resultado.

La omisión se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida.

El hecho punible se considera realizado, tanto en el lugar donde se desarrolló, total o parcialmente la actividad delictuosa de los autores y partícipes, como en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado o sus efectos.

En los delitos de omisión el hecho se considera realizado donde debió tener lugar la acción omitida.

La aplicación de la ley exige conocer cuándo y dónde se ha realizado la conducta penalmente relevante.

El tiempo del delito

La determinación de la aplicación de la ley en el tiempo, bajo la premisa de conocer cuándo se cometió el delito, será fundamentalmente relevante para resolver *qué ley penal es aplicable y resolver problemas de retroactividad o irretroactividad, valorar la eventual concurrencia de causas de inimputabilidad* en el delincuente -ya que ha de atenderse a su situación en el momento de la acción- o *computar el plazo para la prescripción* de los delitos.

El Código entiende cometida la infracción en el *momento de la ejecución de la acción prohibida o de la omisión que le era exigible al sujeto*.

El delito se entiende por tanto temporalmente cometido, en los *delitos de acción*, cuando *se inicia la actividad* que al sujeto corresponde en la secuencia de hechos y no en el momento en que se produce la consumación del hecho.

72

En los *delitos de omisión*, la obligación de actuar existe antes de que se manifieste la pasividad penalmente relevante del sujeto e incluso es lógico pensar que el sujeto podría llevar a cabo la acción que le es exigible y que, sin embargo, omite a lo largo de un determinado periodo de tiempo más o menos dilatado, por lo que se entiende que el delito acontece en cualquiera de esos momentos. Lo más normal es que ese periodo de tiempo sea lo suficientemente pequeño como para que no se dé una sucesión temporal de leyes, pero, si tal sucediera, debe interpretarse que el delito se produjo *en cualquiera de los momentos en que el sujeto pudo y debió actuar y no lo hizo*, aplicándosele la ley que resulte más favorable. En los *delitos de comisión por omisión* el tiempo corresponde con el *momento en que se ha producido el resultado* que venía obligado a evitar quien omitió la acción exigible a tal fin.

Hay determinados tipos de *delitos con particular problemática* en lo que al tiempo se refiere:

A los *delitos continuados* (descritos en el art. 42) se les aplicará la ley correspondiente *al momento de la ejecución de la última acción* y la prescripción se computará desde esa fecha.

A los *delitos permanentes* (el delito existe hasta que no cesa el estado creado por la conducta inicial -p.ej. la detención ilegal hasta que se libera al detenido-) se aplica la ley que rige en el *momento final del delito*, siendo ese momento el que inicia el cómputo de la prescripción.

A los *delitos de hábito* (es una pluralidad sucesiva de actos la que determina la habitualidad) se aplica la ley correspondiente a la *realización del último acto* y es en tal momento cuando se inicia la prescripción.

El lugar del delito

Sirve este precepto para responder con amplitud a los *criterios de determinación de la competencia territorial establecidos en el art. 59 del Código Procesal Penal*.

Si en el caso del tiempo del delito, la norma se decantaba por la actividad como factor determinante del mismo, la opción en cuanto al lugar es más amplia, comprendiendo tanto actividad como resultado como factores que pueden ser determinantes de la competencia jurisdiccional, solución de indudable utilidad político-criminal puesto que evita lagunas que conduzcan a impunidades absurdas.

En los *delitos de comisión por omisión*, es obvio que el resultado producido será el que permita conocer dónde debió actuar el sujeto para evitarlo eficazmente, criterio determinante por ello de la competencia. En los *delitos puros de omisión*, habrá que atender al específico deber que el sujeto omite para conocer dónde debía haberse cumplido, lugar determinante de la conducta delictiva.

73

JURISPRUDENCIA.

“Toda nueva ley que se emita es con la convicción de que regulara mejor las relaciones jurídicas de la que esta llamada a reemplazar, por lo cual su aplicación debe ser inmediata, sin afectar por supuesto, los derechos adquiridos bajo la vigencia de la antigua ley. De lo contrario si se lesionare un verdadero derecho nacido bajo la ley anterior, se atentaría contra la seguridad y confianza que los gobernados tienen en el imperio de las leyes existentes. Ello es así pues el principio de irretroactividad de las leyes es consecuencia directa de la garantía de seguridad jurídica, que exige que las situaciones o derechos creados o surgidos al amparo de un ordenamiento jurídico vigente, no sean modificados por una norma surgida posteriormente (Inconstitucionalidad, 15-02-88)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Los comentarios originales son lo suficiente claros en este aspecto, por lo que únicamente deberán exponerse unas adendas. Los dos primeros incisos, tratan del tiempo del hecho punible, vinculándolo a la acción y omisión, bajo la regla de que, el hecho se estima realizado en el momento en que sucede la acción o la omisión, y esta última bajo la

particularidad, que se estima realizada, en el momento en que debió haberse realizado la acción que se omitió. Especial relevancia tiene el tiempo del hecho punible, para determinar, cuando se estima cometido el hecho, bajo el aforismo *tempus commissi delicti*, en relación, a la ley aplicable al momento de la comisión del hecho delictivo, que se rige por el principio *tempus regit actum* (artículo 13 CP) salvo que concurra un concurso de leyes, situación en la cual, la favorabilidad de la norma penal, decidirá su retroactividad o ultractividad. El problema ciertamente se suscita, con la complejidad de la conducta delictiva, por que no todos los tipos penales, responden a una estructura simple de ejecución y consumación. De ahí que, es acertada la invocación por el comentarista original de los supuestos de delitos permanentes, que son aquellos que extienden sus efectos en el tiempo pero debe a su vez distinguirse: a) entre delitos de efectos permanentes, en los cuales, la conducta del agente, se renueva de manera continua en el tiempo, postergando su consumación, propios de estos casos son la privación de libertad, el secuestro, etcétera; b) de los delitos de estado permanente, que únicamente extienden en el tiempo, un estado derivado de la comisión del delito, pero no su consumación, en el sentido de renovar la ejecución del mismo, puesto que estos, si alcanzan la consumación sin extenderla permanentemente, y lo único que extienden es un estado. Propios de estos delitos son las falsedades documentales, la bigamia, el uso de documento falso, etcétera. Igual complejidad con la aplicación de la ley penal en el tiempo, presenta el delito continuado, cuando en dichos casos de permanencia o continuidad delictiva, ocurre un concurso de leyes de diferente entidad.

74

Ante tal situación, el código ha tomado una opción, y es la de dar cabida a la denominada “teoría de la conducta”, por la cual el hecho –como acción u omisión– se entiende cometido, en el momento en el cual se produjo la expresión de voluntad, sea acción u la omisión de la acción debida, independientemente del momento en el cual acaezca el resultado. De ahí que, en los supuestos de continuidad delictiva o de delitos de efectos permanentes, el tiempo de la acción, estará constreñido a la norma más favorable, puesto que la acción se ejecuta en ambos periodos. En caso de los delitos a distancia –que son aquellos que se inicia la ejecución en un tiempo y lugar diferente, y el resultado si se verifica ocurre en otro tiempo y lugar diferente– el hecho se considera cometido cuando se realizó la acción, independiente del tiempo del resultado, de ahí que la norma aplicable sea la del tiempo de la comisión, salvo favorabilidad posterior.

Un último punto, respecto de está temática, es la dimensión que puede alcanzar el principio de conducta, al oponerse al principio del resultado, en cuanto al tiempo del delito, por ejemplo, en un delito de homicidio imperfecto, el acusado es juzgado y condenado por ese delito, posteriormente la víctima fallece a consecuencia de la lesión causada –digamos pasó un periodo dilatado en coma – a tales efectos la imputación es inmodificable, pesan aquí los efectos de la cosa juzgada.

En cuanto al lugar del hecho punible, debe señalarse que de manera similar, a la del tiempo del hecho punible, se proponen por la doctrina distintas teorías, para resolver los problemas que se devengan, siendo estas la teoría de la acción, la de el resultado, y la de la ubicuidad, que atiende a una formula mixta al considerar tanto el lugar de la acción u omisión como donde ocurra el resultado; es esta última la que adopta el código, al considerar ambos supuestos y únicamente en cuanto a la omisión, se adopta como lugar del hecho aquel en el cual debió haberse realizado la acción omitida.

Como corolario, deberá indicarse que nuestro código penal, no sigue la doctrina de los delitos de hábito, vinculados a la habitualidad delictiva, por ser una tendencia totalmente opuesta al principio de culpabilidad, ya que se trata de una clara manifestación de derecho penal autoral.

13

VIGENCIA DE LA LEY PENAL

Los hechos punibles serán sancionados de acuerdo con la ley vigente en el tiempo de su comisión.

75

Este criterio rige también para la imposición de medidas de seguridad.

Concordancia constitucional: Arts. 15 y 21

El principio de irretroactividad de las leyes penales sólo se cumple si la ley rige con anterioridad al hecho al que va a ser aplicada a fin de que el sujeto pueda saber cuando actúa si va a cometer un delito o si va a ser acreedor de una pena o medida de seguridad.

Este principio ayuda a conformar, con el de legalidad, los pilares básicos del *principio de seguridad jurídica*.

La irretroactividad de las medidas de seguridad

Se destierra la idea de que al sujeto se le imponga la medida más eficaz para su beneficio o la adecuada protección social, con independencia del tiempo en que se haya establecido legalmente.

Al contrario, rige también en esta materia el *principio de seguridad jurídica*, que comporta la no aplicación retroactiva de la norma que establezca estas medidas, en los mismos términos que para la pena se prevé.

JURISPRUDENCIA.

76

“Actualmente la reforma del artículo 71 vigente desde el nueve de agosto del año dos mil uno acuerda una pena de prisión cumulativa para el caso del concurso real de setenta y cinco años de prisión –norma que es de dudosa constitucionalidad– no tiene aplicación en el presente caso, puesto que en el campo del derecho penal se impone el principio de estricta legalidad, siendo una de las manifestaciones del mismo el *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* lo cual indica que ni la tipificación, ni la pena, como creaciones legislativas posteriores a la ejecución del delito, pueden aplicarse retroactivamente cuando son desfavorables; es decir: cuando limitan más un derecho o una garantía fundamental del acusado. Este brocardo está estatuido en el artículo 15 Cn y en los artículos 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Fiel expresión de todos ellos, es el artículo 1 del CP, (...) Para garantizar el apotegma anterior, en el artículo 13 CP se establece el principio de irretroactividad al decir que “Los hechos punibles serán sancionados de acuerdo con la ley vigente al tiempo de su comisión” lo cual se complementa con el principio de la ultractividad –art. 14 CP– que es una expresión de la favorabilidad de la norma en el sentido que si la norma que se ha derogado o reformado y que estaba vigente al momento de la comisión del hecho, era más beneficiosa para el imputado que la norma posterior, es decir que era menos restrictiva de sus derechos o garantías fundamentales, se aplicará la norma anterior, la cual se aplicará de manera ultractiva. (T.S. 3° S.S., 13-05-02)”

“Sobre todos esos hechos, se indica que estaba vigente la pena en el delito de secuestro de diez a veinte años de prisión, por que todos ellos suceden durante el año dos mil, y también estaba vigente para esa época; la pena unificada del concurso real de delitos, que indica que la misma no excederá de treinta años de prisión, conforme a la regla del artículo 71 del CP, que tampoco estaba reformado. Todas esas normas deben aplicarse ultractivamente por que eran las vigentes al momento de cometerse los delitos que nos ocupan y, aunque actualmente, las mismas han sido objeto de reformas, la retroactividad de la ley penal más perjudicial está proscrita conforme lo dispone el art. 21 de la Constitución, que prohíbe que las leyes tengan efecto retroactivos –salvo que en materia penal fueren favorables a los justiciables– y en este caso, son desfavorables, pues incorporan penas más severas, las mismas entonces son irretroactivas, conforme al principio de legalidad que establece el *nulla poena sine lege praevia*. (T.S. 3° S.S., 09-10-02)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Los comentarios que se realizaron respecto del principio de legalidad, en su consecuencia de que no hay crimen ni pena sin ley previa, son totalmente aplicables a este precepto; quizás valga la pena únicamente remarcar, que este principio de irretroactividad de la ley penal, abarca no sólo a los supuestos de hecho de los tipos penales, sino también a las consecuencias jurídicas, es decir a las penas o medidas de seguridad, y que de estas, la garantía se extiende por igual tanto al aspecto cuantitativo de la pena como a su contenido cualitativo, es decir la forma de ejecución de la pena, que en la realidad, tiene una mayor practicidad en la ejecución de la pena de prisión; de ahí que la ejecución de la pena privativa de libertad mediante el régimen penitenciario, no escapa al principio de legalidad, mediante la interdicción de la retroactividad; las penas que en sus modalidades de ejecución sean más restrictivas de derechos o libertades fundamentales, por reforma de normas posteriores, son irretroactivas, conforme al artículo 21 Cn y al 13 CP. Esta regla de irretroactividad en cuanto a la pena esta también determinada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en el artículo 15 en lo pertinente reza: “Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”; de igual manera la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 9 prescribe que: “Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Pero es importante también recordar que el principio de la irretroactividad de la ley penal desfavorable, no sólo se sustenta en el principio de legalidad sino como se ha destacado también se encuentra vinculado a los principios de culpabilidad y al de seguridad jurídica bajo el modelo de protección de confianza –*Vertrauensschutz*– por lo cual significa una clara limitación al *ius puniendi* estatal (Frigols I. Brines, 2002:74/91)

77

Conviene recordar, que la norma de irretroactividad de la ley penal, aplica tanto para todos los preceptos de la parte general del código penal, como a los tipos penales de la parte especial, incluidos aquellos que se establezcan en leyes especiales, por que la garantía de que la ley penal sea irretroactiva, deviene directamente del principio de estricta legalidad, sustentado en la Constitución, con fuerza normativa superior a cualquier norma infra-constitucional o a cualquier acto de un funcionario público.

14

RETROACTIVIDAD DE LA LEY FAVORABLE

Si la ley del tiempo en que fue cometido el hecho punible y las leyes posteriores sobre la misma materia, fueren de distinto contenido, se aplicarán las disposiciones más favorables al imputado en el caso particular que se trate.

Este precepto, en concordancia con el art. 21 de la Constitución, completa la regulación de la vigencia de la ley penal en el tiempo, suponiendo una excepción al postulado contenido en el art. 13: no está prohibida la retroactividad de la ley penal más favorable, que será aquella que *viene a suprimir algún delito o a atenuar su pena*.

Deben considerarse también, a estos efectos, leyes penales los preceptos extrapenales que integran las leyes penales (los llamados doctrinalmente “*tipos en blanco*”).

78 La razón de ser de la excepción que supone este precepto es que carece de sentido la aplicación de la ley anterior más desfavorable porque ello ha dejado de ser necesario para la protección de la sociedad, lo que entronca con el principio de necesidad plasmado en el art. 5 del Código.

El principio se concreta en los siguientes *supuestos*:

- a) No tiene efecto retroactivo la nueva ley que crea un delito inexistente en la legalidad anterior.
- b) Tiene efecto retroactivo la nueva ley que hace desaparecer un delito anterior o que minora su punición.
- c) No tiene efecto retroactivo la nueva ley que agrava la penalidad de un delito preexistente y que se mantiene.

Para la *determinación de la mayor o menor favorabilidad* de una ley pueden seguirse los siguientes *criterios*:

- 1º) Hay que atender al conjunto de hechos que se castigan, a la pena que se impone y a las reglas de determinación de ésta.

- 2º) La gravedad de la ley tiene que decidirse en abstracto, sin que se pueda entrar a elucubrar hipotéticamente sobre la pena que hubiera podido imponer el sentenciador en su momento si hubiera contado con la nueva legalidad.
- 3º) La gravedad de la pena ha de valorarse contemplando la totalidad de las penas que de forma alternativa o acumulativa se le puedan imponer al hecho.

Este Código contiene una expresa regulación de su aplicación temporal en las disposiciones transitorias recogidas en el Título Final (arts. 404 a 407), a donde nos remitimos.

La *ley intermedia más favorable* es una de tal carácter que rigió entre el momento de la comisión del hecho y el del enjuiciamiento; se postula su aplicación al momento del enjuiciamiento en atención a que la frustración de las expectativas producidas vulneraría el principio de seguridad jurídica, por el albur que supuso el retraso en el enjuiciamiento.

JURISPRUDENCIA.

“La retroactividad de la ley significa una extensión de la vigencia de la ley hacia el pasado, en cuanto implica subsumir ciertas situaciones de hechos pretéritas que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su existencia, dentro del ámbito regulativo de las nuevas normas creadas. La retroactividad se utiliza como un recurso técnico de producción normativa como parte de la expresión del acto de voluntad de la ley, lo que implica indefectiblemente que sólo puede ser utilizado por el órgano que crea la ley, el carácter de orden público de una ley no le concede a está ipso jure, efecto retroactivo, puesto que dicho carácter debe estar consignado expresamente en la misma ley. En materia penal es admitida la retroactividad, cuando la nueva ley sanciona el hecho imputado con una pena menor o inferior que la señalada en la ley anterior, o cuando elimina del catálogo de hechos punibles el delito cuya emisión se atribuye al imputado. (Habeas Corpus, 17-08-00)”

79

“Dicha regla ha sufrido modificaciones en el Código Penal vigente, donde el Art. 36 No. 1 considera cómplices a quienes “presten al autor o autores una cooperación de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito”; este nuevo concepto, ha significado un tratamiento diferente en la penalidad del cómplice necesario, pues el Art. 66 del Código Penal vigente, determina que la pena aplicable se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena, no pudiendo en ningún caso igualar o exceder la sanción aplicada al autor. Cabe señalar que ha sido atinada la modificación normativa comentada, pues en

el Código Penal de 1974 se cometía el error de confundir al cómplice necesario con el autor mediato, no obstante tratarse de categorías penales totalmente diferenciadas (...) En cuanto a la aplicación de la norma sustantiva vigente, basta tener presente lo preceptuado en el Art. 13 del Código Penal aplicable, así como la garantía constitucional desarrollada en el Art. 21 Cn., debiendo observarse la prevalencia de los preceptos vigentes como ley penal más favorable al imputado. (Casación, 18-10-02)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

80

Es importante repetir aquí, la gran excepción al principio de irretroactividad, en el sentido que una ley posterior, que sea más favorable al justiciable, permite la aplicación retroactiva de la misma, o en su caso, aunque la ley anterior haya sido derogada, si la posterior es de un contenido desfavorable, se permite la ultractividad de la ley anterior, también en virtud de la favorabilidad, además de que en este caso, se aplica directamente el principio de que la ley vigente, es la del tiempo de comisión del hecho punible. Dos puntos –ya tratados– deben considerarse, uno de ellos corresponde al límite para aplicar ultractivamente la ley penal, este confín esta representado por el momento en el cual sucede el hecho criminal; para que una ley penal puede operar de manera ultractiva, el hecho debe haber sucedido necesariamente en la vigencia de dicha norma, si la conducta se realiza con la vigencia de la nueva norma penal, aunque esta sea más restrictiva de los derechos o libertades, la misma debe aplicarse, y no opera aquí el principio de ultractividad, puesto que si así fuera la nueva norma penal sería completamente inefectiva, lo cual tornaría disfuncional la política penal de reforma de leyes; sin embargo la nueva ley aunque desfavorable debe también cumplir un requisito *sine quae non* para su legitimidad, y este radica en que la nueva norma jurídico-penal, debe de ser conforme con la Constitución, es decir debe respetar los principios, derechos, libertades y garantías que la Carta Magna, otorga a los gobernados, de no cumplirse este presupuesto ineludible, de respeto a la Constitución, la norma no debe ser aplicada, lo cual trae cuestiones relevantes como la creación de las llamadas “lagunas dikelógicas” y las forma de suplirlas, si ello fuere posible.

Debe abonarse en cuanto a la relación de las leyes penales en blanco, que de manera atinada es convocada por el comentarista original, que dicha problemática es compleja, y demuestra la fragilidad del uso de éste recurso, en el ámbito del derecho penal, por las consecuencias que genera, debe considerarse que la norma de reenvío, que completa la norma penal en blanco (que es el precepto del código penal) no tiene carácter retroactivo, en cuanto perjudique, es decir, el tipo penal aunque anterior, no le otorga una función de legitimación retroactiva, todas las normas complementarias, de índole secundaria o reglamentaria, se ven limitadas en este aspecto; en cuanto a la favorabilidad, al variar el supuesto de reenvío de la norma penal en blanco, si el mismo

era relevante para la imputación del hecho típico, se enerva la tipicidad con lo cual la conducta anterior ya no puede ser imputable.

En cuanto a los criterios de favorabilidad o desfavorabilidad, debe indicarse que la medición de los mismos, estará representada por la mayor restricción, que se haga de los derechos fundamentales de los gobernados; ello implicará, no sólo atender criterios de graduación de la pena o de medidas de seguridad, sino también de todos los elementos del tipo penal que puedan incidir, incluidos las normas incompletas de la parte general, que al ser modificadas, también pueden representar una situación de desfavorabilidad para el justiciable, por ejemplo modificaciones en el ámbito de la tentativa, de la autoría o de la participación, de las circunstancias agravantes o atenuantes, de la determinación de la pena, de las reglas de penalidad especiales, como las de los concursos; de la modificación de las penas y de sus formas de ejecución, de los subrogados penales etcétera. Todos esos parámetros habrán de ser tenidos en cuenta para evaluar si una norma penal posterior es favorable o desfavorable.

En cuanto al juicio en abstracto que se propone, debe hacerse sólo una precisión, ciertamente en la aplicación de leyes favorables o desfavorables por retroactividad, la doctrina acuña, la inadmisibilidad de la combinación de leyes, pero esta prohibición rige de manera más rigurosa, para las llamadas “leyes simples” sin embargo tratándose de leyes “complejas”, si estas son divisibles, se acepta que pueda haber una homogeneidad normativa en bloque, en virtud que la divisibilidad de las normas lo permite y siempre que se utilicen bloques normativos y no fragmentos (Cousiño Mac Iver, 1975; 127).

81

Es oportuno respaldar el criterio adoptado por el comentarista, respecto de la leyes denominadas “intermedias”, que es aquella en la cual, la norma entra en vigor después de la comisión del delito o falta, y que vuelve a modificarse antes de que se dicte sentencia; por lo que concurre, una sucesión de normas que al menos deben ser tres; la primera cuando se ejecuto el hecho, la segunda que es posterior a la ejecución, y la tercera que es la que se modifica antes de dictar sentencia; en dichos casos opera la retroactividad favorable o la ultractividad favorable, es decir debe aplicarse la ley más benigna, por cuanto el principio de irretroactividad tiene su núcleo esencial en la aplicación de la norma más favorable.

15

LEY FAVORABLE POSTERIOR A LA CONDENA

Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resultare favorable al condenado se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el tribunal competente modificar la sentencia en lo relativo a la pena, de acuerdo a las disposiciones de la nueva ley.

Si la condena hubiere sido motivada por un hecho considerado como delito por la legislación anterior y la nueva ley no lo sanciona como tal, se ordenará la inmediata libertad del reo, quien gozará del derecho de rehabilitación.

El precepto no es sino una concreta aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

82

El caso se refiere a la *eficacia del principio respecto a las sentencias en ejecución y pendientes de cumplimiento*, postulando la extensión del mismo a tales supuestos.

Nos remitimos a lo expuesto al comentar el *art. 14* y las disposiciones transitorias de este Código, que en *su art. 405* recoge un supuesto concreto de lo que con carácter general se predica aquí.

En los invocados preceptos se expone con mayor amplitud la problemática que suele acompañar a estas situaciones.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Correctamente, el precepto esta erigido sobre el principio de retroactividad de la ley más favorable, sólo que de manera extraordinaria, puesto que la aplicación ocurre posterior a la condena del justiciable. Esta noción, marca la primacía de los efectos del principio de retroactividad de la ley más favorable, el cual es una concreción de una garantía de orden constitucional estatuida en el artículo 21 Cn, y además incluida en normas de carácter internacional como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en el artículo 15 en lo pertinente reza: “Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. De igual manera la Convención Americana sobre Derechos humanos prescribe

en el artículo 9 “Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Dos son los supuestos que se contienen, en materia de aplicación retroactiva, en caso de condena: 1) El primero de ellos, se reconduce al supuesto de despenalización parcial, por el cual, la modificación recae en un supuesto agravatorio, que se tomó en cuenta, para imponer la dosimetría en concreto de la pena, y que en la nueva ley no es considerada como una circunstancia de agravación; en tal caso si ese fue uno de los motivos, de un mayor reproche, y por ello la pena tuvo una proporción mayor, el condenado se vera beneficiado parcialmente, y en tal caso, procedería una modificación de la pena. Un ejemplo de ello sería, que se decidiera suprimir la agravante de premeditación en el homicidio, la concurrencia de dicha calificante, importa la imposición de una pena agravada, por lo cual al ser excluida, el homicidio devendría en simple, el cual tiene una pena menor, por lo que procedería el examen de dicha situación para modificar la pena impuesta. Un supuesto diferente es, si el delito por el cual la persona esta condenada, sufre una reforma que atempera, la pena en su dosimetría abstracta, y ello impacta en el caso particular del condenado. No toda modificación de la penalidad, será base para la procedencia de la aplicación ultractiva de la norma, sino aquella, que incida en la pena que tenia fijada el condenado. Por ejemplo, si la condena que se impuso fue en el mínimo de la pena, y este mínimo se ha modificado, haciéndolo

83

2) El otro supuesto, es el de la despenalización completa, por el cual al desaparecer de manera absoluta la conducta, que se tenía como desmerecida, *incontinenti* cesa la pena para el justiciable, quien goza de manera automática del derecho de rehabilitación, es decir se extinguen también todas las consecuencias de las penas accesorias y se restituye los derechos políticos de la persona.

16

LEYES TEMPORALES

Los hechos punibles realizados durante la vigencia de una ley destinada a regir de manera temporal, serán sancionados de conformidad con los términos de las mismas.

Son leyes temporales las dictadas para regir por un plazo previamente determinado, apareciendo fijado su cese para un día o acontecimiento futuro prefijado. Un caso particular de las mismas son las llamadas “de excepción”, que obedecen a circunstancias extraordinarias como, p. ej., guerras, desórdenes, catástrofes, cuya duración se calcula limitada a regir durante esas situaciones o respecto a sus secuelas.

La propia Constitución regula la *situación de excepción* en los arts. 29 a 31, haciendo especial hincapié en los derechos que pueden verse limitados o suspendidos y la forma en que se establece y deja sin efecto la misma.

84

Tales leyes están llamadas a tener una breve vigencia, por lo que ello y las circunstancias excepcionales que las propician hacen que deban suponer una excepción a los principios generales sobre la aplicación temporal de la ley penal, lo que se plasma en la solución recogida en el precepto: *el sometimiento a su imperio de los hechos que sucedan durante su vigencia*, con independencia de que, terminada la misma, otras leyes que disciplinen la misma materia se sucedan en el tiempo con consecuencias más favorables.

La razón de ser de lo anterior puede hallarse por dos vías: por una parte, están llamadas a regular una problemática tan específica e irrepetible que no se puede pretender que su eficacia trascienda más allá de la misma ni que otras normas la contemplen adecuadamente, visto que fueron creadas para supuestos de mayor generalidad; por otro lado, las actuaciones de investigación y procesales podrían dilatarse en el tiempo más allá de su periodo de vigencia -necesariamente breve- por lo que, si no se estableciera una solución como ésta, se correría el continuo riesgo de hacer ineficaz la aplicación de normas de este tipo.

JURISPRUDENCIA.

Sienta el maestro español Jiménez de Asúa que, cuando se dictan leyes temporales o excepcionales, la ley no es derogada, sino que queda en suspenso mientras dure la ley

temporal o excepcional; de modo que al expirar la ley pasajera, reasume el ordenamiento jurídico que no incriminaba tales hechos. Recobra su imperio la antigua legislación, y por lo tanto, y de acuerdo con los principios generales, el problema queda circunscrito a averiguaciones si esta ley posterior (la ley suspendida que recobra vigor) es o no más favorable que la ley pasajera, para aplicarla o no según los casos. Las leyes transitorias, puesto que se rigen por los principios comunes relativos a la eficacia de la ley penal en el tiempo, no tiene efectos ultraactivos. Ni la ley temporal ni la contingente, derogan los preceptos que estaban en vigor antes de su vigencia y que renacen al cesar aquéllas, por eso no deben tener efecto ultraactivos, ni cuando crean delitos, ni cuando aumentan penas. Una vez concluida la vigencia de la ley temporal o excepcional, para que ésta tenga efecto ultraactivo, indispensable es que se emita alguna disposición o derecho específico que lo regule, pues al no haberlo, indiscutiblemente que la ley que está en suspenso entra de pleno a regir ya que debe tenerse en cuenta que, aún en el caso de la ley procedimental de carácter general, se requiere tal regulación, tal como se hizo en el artículo 1 de La Ley Transitoria para la Regulación de los Procesos Penales iniciados antes de el veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho; con mucha más razón entonces se requiere de esta regulación cuando las causas que han motivado el decreto de la ley temporal son de carácter excepcional. (Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, 21-06-01)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

En cuanto a las leyes temporales, la doctrina señala una distinción, entre las leyes temporales en sentido estricto, que son aquellas que rigen para un periodo específico, sin la característica de permanencia; y las leyes temporales en sentido amplio, que están referidas a leyes de excepción que ocurren ante situaciones extraordinarias. La invocación que se hace del régimen de excepción constitucional, debe ser precisado, puesto que dicho estado de excepción, esta dirigido únicamente a ciertas garantías fundamentales, pero no involucra la formulación de leyes penales temporales o de emergencia. Ciertamente el artículo 29 Cn cuando establece el régimen de excepción para ciertas garantías las limita a: 1) libertad para entrar permanecer o salir del territorio; 2) libertad de opinión y de informar; 3) la libertad de asociación; 4) la inviolabilidad de correspondencia y de comunicaciones; 5) La asistencia de defensor ante los órganos auxiliares y el término de la detención administrativa. Sobre la permanencia de la ley el artículo 140 Cn es el único que hace referencia desde el texto Constitucional, de manera expresa no se refiere a leyes transitorias, y ello es importante destacarlo, por cuanto por ejemplo aún las leyes de carácter temporal deben satisfacer de manera escrupulosa el periodo de vacancia de la ley respecto de su publicación, en estos casos el plazo únicamente puede ampliarse pero no restringirse y ello es comprensivo para toda clase de ley temporal inclusive las de emergencia, de lo contrario la ley tiene un vicio de

validez formal, que la torna contraria a la constitución en el proceso de formación de ley; quedando únicamente no abarcadas las llamadas leyes calamitosas que deben emanarse de manera inmediata, en virtud de grave catástrofe o calamidad.

La posición que asumimos es que las leyes temporales, no pueden ser una excepción al principio de favorabilidad, de ahí que, al menos en su versión más restrictiva, debe de entenderse, que cuando el hecho suceda en la vigencia de la ley temporal, podrá ser sancionado de acuerdo con la misma, siempre que dicha ley temporal no haya cesado en el período de su vigencia. Si ese periodo específico de vigor ha fenecido, la ley no puede tener pervivencia, y a los hechos cometidos durante esa época deberá aplicársele la norma más favorable, esa interpretación restrictiva es la que se propone para hacer una interpretación conforme con el postulado de favorabilidad del artículo 21 Cn, teniendo siempre en cuenta el criterio de no excepcionabilidad.

17

APLICACIÓN DE LA LEY PENAL A LAS PERSONAS

86

La ley penal se aplicará con igualdad a todas las personas que en el momento del hecho tuvieran más de dieciocho años. Los menores de esta edad estarán sujetos a un régimen especial.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará la ley penal salvadoreña cuando la persona goce de privilegios según la Constitución de la República y el Derecho Internacional y cuando goce de inviolabilidades en determinadas materias, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República.

Concordancia constitucional: Art. 3

El precepto recoge facetas muy variadas, que deben ser analizadas por separado.

El principio de igualdad ante la ley penal

La igualdad entre todas las personas que proclama la Constitución comporta un tratamiento paritario para todos los sujetos sin restricción, lo que obliga a que las diferencias de tratamiento deban ser justificadas.

El principio de igualdad surte efecto frente al legislador cuando formula el derecho, a fin de que las normas no creen entre los ciudadanos situaciones discriminatorias o injustificadamente desiguales, y frente al juez que lo aplica, a quien va dirigida específicamente la formulación de este precepto.

Sin embargo, ello no significa que el juez deba tratar supuestos idénticos siempre del mismo modo, sino que *está obligado a justificar argumentalmente las diferencias*.

Por lo tanto, *lo que el principio constitucional de igualdad impide es un trato desigual ante la ley o en la aplicación de la misma, sin fundamento objetivo y razonable, respecto a personas que se encuentren en la misma situación, sin perjuicio de que a la hora de valorar la prueba el órgano jurisdiccional obre con libertad de apreciación y formación de criterio*.

Lo antedicho tiene también su aplicación en cuanto a la *apreciación discrecional de la pena, atendiendo a las bases que justifican la individualización judicial*.

La actuación de un órgano jurisdiccional violará el principio de igualdad en la aplicación de la ley cuando emita resoluciones contradictorias en supuestos que guarden entre sí una identidad sustancial, siempre que la resolución en la que se produce el cambio de criterio no haya una fundamentación adecuada que lo justifique y que excluya la arbitrariedad.

87

La mayoría de edad penal a los dieciocho años

El haber cumplido dieciocho años sitúa al sujeto plenamente en la órbita del derecho penal común para todos los ciudadanos, estableciendo el art. 2 de la Ley del Menor Infractor que la misma se aplicará a las personas mayores de doce años y menores de dieciocho, sin perjuicio de que medidas impuestas al menor infractor puedan continuar su vigencia una vez cumplidos los dieciocho años (art. 18 de la Ley).

Límites de la ley penal en relación a las personas

Impera el postulado de la sumisión igual de todos a la ley, pero, aunque todos los ciudadanos se hallan sometidos a la ley, determinadas personas están excluidas, de modo temporal o permanente, de los efectos de la ley penal.

La causa de su existencia radica las más de las veces en la finalidad de *asegurar la independencia y libertad en el ejercicio de funciones relevantes*.

Inviolabilidades e inmunidades

Su fundamento radica en la especial posición que ocupan las personas a las que se atribuyen, pudiendo operar aun cuando la persona ha cesado en la función o cargo o surtir tan sólo efectos mientras el cargo se desempeña.

Es supuesto paradigmático el de los *Diputados*, quienes, en atención a la alta función que ejercen como representantes del pueblo, son inviolables y no están sujetos a responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan (art. 125 de la Constitución).

Exenciones

Es el art. 48 del Código Procesal Penal el que prevé genéricamente excepciones al conocimiento de los órganos jurisdiccionales de la República, con arreglo a lo que dispongan la Constitución y el Derecho Internacional.

88

Es una cláusula en blanco que básicamente habrá de integrarse con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 y por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, sin perjuicio de otros tratados y de la propia costumbre internacional. En términos generales, puede decirse que la exención alcanza a los Jefes de Estado, a los Agentes Diplomáticos, a los funcionarios de organizaciones internacionales equiparados a ellos y a los funcionarios o empleados diplomáticos o consulares, así como a los miembros de sus familias que formen parte de sus respectivas casas.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Sólo corresponde agregar, que el precepto trata las llamadas indemnidades, que son aquellas en las cuales, la conducta del sujeto que es destinatario de la cláusula de indemnidad, esta sujeta a una impunidad total, que es el caso de los diputados en cuanto a las opiniones o votos que emitan (art 125 Cn) lo interesante del caso, es determinar en cuanto a su contenido, en que ocasión debe entenderse esta excepción de indemnidad, si sólo se corresponde con las opiniones o votos, que emitan en el ejercicio estricto de sus funciones, es decir en las actuaciones propias del poder legislativo (discusión de comisiones, plenarias) o si por el contrario, dicha indemnidad se extiende a las opiniones vertidas fuera de sus funciones, aunque relacionadas a la función pública que desempeñan, y en las cuales puedan incurrir en alguna conducta delictiva (entrevistas radiales, televisivas, de prensa escrita) Parece razonable entender, que la indemnidad debe ceñirse a lo estricto de la función, y que esos deben ser los

límites que resguarden la inviolabilidad de la indemnidad aludida, de ahí que un ponderado balance con los derechos fundamentales de las personas, y la garantía de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, no extiendan tal indemnidad a supuestos en los cuales, no se esta en el ejercicio estricto de la función parlamentaria. La vinculación del segundo supuesto, es atinente a lo que se conoce como inmunidad, y radica en la vigencia de un fuero, que opone impedimentos de índole procesal en cuanto a la persecución de los delitos, para las personas que en atención a la función que realizan, se encuentren amparadas en dicho privilegio.

En cuanto al límite de la edad, para que la ley penal sea aplicable en toda su extensión, particularmente en cuanto a las consecuencias jurídicas del delito, debe hacerse notar que el precepto establece que la persona tenga más de dieciocho años, por lo que los dieciocho años cumplidos exactos, sin que discurra un instante de tiempo, ubica a la persona en el ámbito de la jurisdicción especial de menores, cuya mayor diferencia se marca en el régimen de sanciones; ciertamente la ley del menor infractor, tiene una redacción ambigua en el artículo dos, pero como ya se expreso en otro apartado, una manifestación del principio de legalidad, en su versión de ley estricta, es la posibilidad de extender la interpretación sólo en beneficio, y de restringirla sólo cuando dicha actividad hermenéutica es perjudicial, de ahí que en virtud de tal principio, en la duda en la interpretación de la norma en el derecho penal de fondo, esta debe únicamente interpretarse *in favor rei* y como la sujeción a la justicia minoril es más favorable, por la menor amplitud de las restricciones que se imponen en cuanto al régimen de sanciones, debe —en nuestra opinión— atenderse al criterio que establece el código penal, en el límite de que la aplicación total de la ley penal es para personas que tengan más de dieciocho años.

TÍTULO II

HECHO PUNIBLE Y RESPONSABILIDAD PENAL

CAPÍTULO I

DE LOS DELITOS Y LAS FALTAS

18

HECHOS PUNIBLES

Los hechos punibles se dividen en delitos y faltas.

Los delitos pueden ser graves y menos graves. Son delitos graves los sancionados con pena de prisión cuyo límite máximo exceda de tres años y multa cuyo límite máximo exceda de doscientos días multa.

90

Los hechos culposos sólo serán sancionados cuando la ley penal lo establezca de manera expresa.

Categorías delictivas en el Código Penal

Las infracciones penales se formulan según un sistema tripartito que distingue entre delitos graves, delitos menos graves y faltas en el que *el criterio clasificatorio no es otro que el de la gravedad de la pena.*

Las *faltas* se encuentran recogidas exclusivamente en el Libro Tercero del Código, estando limitado su castigo a cuatro clases de penas: el arresto de fin de semana, el arresto domiciliario, la prestación de trabajo de utilidad pública y la multa; dichas penas también se aplican a conductas calificadas como delitos, si bien con parámetros distintos de gravedad.

La distinción entre *delitos graves* y *menos graves* es puramente formal y de naturaleza cuantitativa, al venir determinada por la gravedad de su punición. La referencia exclusiva que el precepto hace para distinguir los delitos graves de los menos graves a las penas de prisión y multa en una determinada cuantía debe llevar a la conclusión de que los

delitos castigados con penas que superen los tres años de prisión o los doscientos días de multa son graves y menos graves todos los demás.

La clasificación de infracciones punibles tiene fundamentalmente relevancia procesal como elemento a tener en cuenta en la determinación del procedimiento a seguir y, paralelamente, del órgano jurisdiccional competente para la realización de las distintas actividades procesales.

El sistema de punición de la imprudencia

Es condición imprescindible de tipicidad el que sea expresamente prevista *la punición de una conducta como imprudente*.

En unas ocasiones el Código define conductas imprudentes en relación con la existencia de una correlativa dolosa; en otras ocasiones lo que hace es definir concretas y autónomas figuras imprudentes, sin que exista un referente delictivo doloso.

También se recogen conductas imprudentes a las que no acompaña ningún resultado lesivo, configurando los que se llaman delitos de peligro abstracto.

91

El *delito imprudente* responde a la idea básica de la vulneración de un deber objetivo de cuidado que produce un resultado causalmente vinculado a dicha infracción. El deber que se vulnera está plasmado en fuentes bien diversas: leyes o reglamentos, así como usos y costumbres de la propia vida.

Por lo tanto, en la *estructura de una conducta imprudente* pueden descubrirse los siguientes elementos:

- a) Una relación de causalidad entre la acción que se ejecuta o se omite y el resultado producido.
- b) Que el sujeto que actúa u omite haya creado un peligro desaprobado jurídicamente, es decir, superior al permitido.
- c) Que dicho peligro se materialice en un resultado.
- d) Que el sujeto no conozca el peligro concreto que su conducta lleva aparejado, ya que, de lo contrario, la conducta del agente puede constituir cualquiera de las formas que el dolo presenta.

El Código no contempla diversas categorías de imprudencia, al contrario que otros sistemas que diferencian entre una imprudencia grave y una imprudencia leve, sino que únicamente se refiere a la realización culposa de la conducta.

Ello comporta que, en principio, cualquier grado de imprudencia en la realización del hecho es suficiente para dar lugar a la figura delictiva, de manera que el que aquélla se dé en mayor o menor medida sólo serviría para hacer mayor o menor el desvalor de la conducta y paralelamente la gravedad de la respuesta punitiva.

Sin embargo, lo anterior presenta un reparo si se contempla desde la perspectiva que supone la existencia del *principio de necesidad*, plasmado en el art. 5 del Código. Así, considerar que incluso la más mínima imprudencia podría ser suficiente para constituirse como elemento de una figura delictiva culposa puede llegar a chocar frontalmente con la formulación de dicho principio, por ponerse en duda tanto la necesidad como la proporcionalidad de la reacción punitiva, sobre todo si se tiene en cuenta que en el Libro Tercero, dedicado a las faltas, no se recoge el castigo de conductas imprudentes. Es pues más que dudoso que el legislador haya querido que cualquier género de imprudencia esté detrás de la referencia a la realización culposa de la conducta, por lo que nuestro criterio es que una ponderada aplicación del principio de necesidad y el tener en cuenta que el Derecho Civil puede tutelar suficientemente en muchas ocasiones las consecuencias lesivas de ciertos comportamientos imprudentes son factores a tener en cuenta para recortar lo que sería una desmesurada extensión del Derecho punitivo contraria al principio de intervención mínima que informa toda esta rama del Derecho.

Lo que aquí se expone se relaciona con el epígrafe “Sobre el dolo y la culpa como formas de culpabilidad” que se encuentra en el comentario al art. 4 del Código.

JURISPRUDENCIA.

“Al sintetizar las aseveraciones transcritas, es claro que el tribunal de sentencia se reduce a expresar, de una parte, que no existió dolo en el accionar de los procesados, y de otra, que en vista de las circunstancias en que se efectuaron los disparos, eran previsibles las consecuencias dañosas a la integridad física, y por lo tanto, las conductas examinadas no están exentas de la previsión del resultado ocurrido, bien sea a nivel de dolo eventual o de culpa con representación (...) Con base en lo anterior, es discordante la motivación de la sentencia basada en la falta de dolo o culpa para excluir, sobre esa base, la imputación del resultado, ya que el tribunal ha cometido una incongruencia al confundir el tipo subjetivo con la construcción del tipo objetivo, sin tomar en cuenta que éstos, no obstante se articulan en forma complementaria, cada uno responde a una estructuración particular regida por parámetros diferentes. En ese sentido, la

determinación del tipo objetivo, atiende al examen de los hechos a efecto de establecer la concurrencia de los elementos que componen la figura delictiva; en cambio, el tipo subjetivo se traduce en una vinculación personal del sujeto con el acto realizado, donde únicamente se discute a nivel doctrinario si esa relación tiene carácter psíquico o normativo. Por lo tanto, la ausencia de dolo produce el efecto excluyente sobre la responsabilidad, al configurarse alguno de los supuestos negativos de la culpabilidad; tal como sucedería, por ejemplo, si el imputado ha obrado motivado por un error esencial e invencible (...) Cabe hacer notar que, aún frente a la posibilidad de una comprobación insuficiente sobre quien o quienes causaron directamente las lesiones, los sentenciadores reconocen la previsibilidad del resultado, al consignar algunas consideraciones acerca de ese extremo, y particularmente el siguiente razonamiento:..."con su conducta evidentemente colocaron en peligro la vida e integridad física de la víctima, pues fue previsible para éstos la posibilidad de atacar el bien jurídico vida e integridad física desde el momento en decidieron abrir fuego contra un vehículo en el cual se sabía se conducía una persona, aún cuando los ejecutores de los disparos no consintieron el resultado dado, confiando en su, pericia al efectuar los disparos..... (sic); de lo dicho, es evidente que al menos existió culpa en la conducta de los imputados, Pero no será competencia de esta Sala pronunciarse a ese respecto, sino el tribunal que se designará para tal fin. (Casación, 14-05-03)"

93

"Hay una apreciación normativa que debe ser contextualizada en virtud del principio de confianza y del ámbito dogmático de la autopuesta en riesgo como criterios de imputación en la tipicidad objetiva. Aunque una víctima infringiera el deber de cuidado o realizara una acción que la coloca en riesgo para su persona, si esa actividad es advertida por otra persona, ésta no puede innovar esa autopuesta en peligro o esa infracción normativa, para desatenderse de su propio cuidado y así afectar derechos de la víctima; es decir, la conducta descuidada de ésta, cuando es advertida oportunamente no puede justificar a una persona a continuar con la acción que venía desarrollando y lesionar derechos de la víctima que ya había advertido, que podía resultar lesionados, en estos casos al controlar una fuente de riesgo, la persona si advierte oportunamente que otro está en una situación de riesgo debe extremar los cuidados que le competen para evitar daños a terceros, aunque esos terceros, estén procediendo con infracción de normas de cuidado, el extremar el cuidado debido, surge aquí precisamente de la intelección que la persona tiene del riesgo que está percibiendo, ante lo que no debe acrecentar ese peligro, sino disminuirlo, siendo más cuidadosos aún ante aquel que se comporta de manera descuidada (...) en estos casos, cuando se advierte oportunamente que otro se ha autopuesto en riesgo, el principio de confianza, comienza a ceder y el conductor que ha previsto de manera oportuna el riesgo debe extremar su deber de cuidado, por que precisamente de manera objetiva y previsible ya no puede confiar que el otro cumpla con su deber, y no puede ampararse en la infracción del otro, para afrontar un accidente.

En estos casos, cuando el conductor se da cuenta de manera oportuna y anticipada, debe –como lo dijimos– extremar todos los cuidados y evitar convertirse en fuente de peligro, la diferencia la hace aquí, la oportuna intelección del riesgo que se viene desarrollando y la previsibilidad que entonces tiene la persona de que está ante un evento peligroso ante el que cede el principio de confianza, y deben extremarse los cuidados por la situación particular que la persona está observando y que por percibirla anticipadamente puede evitar oportunamente extremando por su parte sus cuidados. (T.S. 3° S.S., 01-11-02)”

94 “Con esos elementos el tribunal deberá valorar lo respectivo al actuar culposo, que en este caso en su ámbito objetivo se constriñe a determinar quién de manera relevante ha violentado de manera decisiva el deber objetivo de cuidado, que en este caso particular, circunscribiéndose al tráfico vehicular se fundamenta en la observancia de las normas de tránsito; empero, se hará ya una precisión jurídico-penal en el sentido que la infracción de una disposición de la Ley de Transporte Terrestre o del Reglamento General de Tránsito automáticamente no significa la tipicidad de la conducta transgresora, ni mucho menos su culpabilidad, ni tampoco la exclusión de responsabilidad del autor por un comportamiento infractor de la víctima, es decir, infracción normativa no equivale a delito culposo, para ello se requiere un análisis más de fondo que permita afirmar cuál es el acto infractor del deber de cuidado que decisivamente ha producido el resultado. (T.S. 3° S.S., 01-11-02)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Por haberse abordado en este apartado lo relativo al delito culposo, deberá hacerse al respecto algunas consideraciones. La primera, es relativa al régimen de punición, que se ha adoptado por el legiferante, que es acorde al sistema denominado de *numerus clausus*, por el cual, las conductas culposas sólo son criminalizadas como delitos, cuando específicamente estén previstas en los tipos penales correspondientes, de ahí que, si un hecho culposo, no ha sido previsto de manera expresa como delito, en sede penal no puede generarse respecto del mismo, ninguna consecuencia jurídica, este sistema de especificidad de la culpa, es compatible con el denominado “franco-germánico”, y se opone al sistema hispánico o de *Numerus apertus* –prácticamente en desuso– por el cual, a partir de una noción de la imprudencia incardinada en la parte general, ésta se hace extensiva, a todos los tipos penales, en cuanto fuera compatible con su propia estructura. Por demás esta decir, que tanto el principio de legalidad, como el de intervención mínima, se ven mejor garantizados con un sistema de punición específico de los delitos imprudentes.

Otra acotación importante, en cuanto a la culpa, es su naturaleza de tipo penal abierto (Choclan Montalvo, 2001: 29; Durán Ramírez, 2001: 8) lo cual, no es incompatible con el principio de legalidad, en cuanto ley cierta, que en este aspecto esta vinculado con un diferente énfasis, en los delitos dolosos; ello en razón de que entre el tipo doloso y el tipo culposo, media una particularidad, en la forma en la cual se eleva el merecimiento de la conducta prohibida. Así, mientras en los delitos dolosos, el objeto de la prohibición debe encontrarse siempre determinado, mediante una forma descriptiva de mayor especificidad; en el delito imprudente, la conducta aparece indeterminada, pero debe ser posible su determinación en cada caso en particular; de ahí que, aunque constituyan tipos penales abiertos, esta estructura tiene sus límites, como imperativo del principio de legalidad (Rusconi, 1999: 20/21). En virtud de ello, la formula de criminalización de la imprudencia, abarca la punición de conductas, que causen un resultado lesivo –en general– siempre que dicho resultado, sea la consecuencia de una violación sustancial del deber objetivo de cuidado y que el mismo, sea capaz de ser previsto; esta estructura de imputación, hace que las conductas culposas, sean tipos abiertos por que la extensión del deber de cuidado es vasta y daría lugar a una casuística insostenible.

Los delitos culposos, pueden ser cometidos por acción u omisión, ello dará lugar a la conformación de diferentes modelos de tipo penal, el delito culposo de comisión y el delito culposo de omisión, cuyo detalle particular, rebasa el contenido de estos comentarios, por lo que importa nada más, dejar especificado que la conducta dolosa puede ser activa u omisiva y que en la misma el sujeto debe guardar el cuidado debido.

95

El fundamento esencial en los delitos culposos es determinar el deber de cuidado, ello se concretiza, en la exigencia de desarrollar una conducta razonable, ante las situaciones de riesgo que una persona ejecuta, empero normalmente la ley penal, no indicará cual es el cuidado debido, de ahí que esta valoración del deber de cuidado, sea altamente normativa y deberá ser apreciada por el juez, en el caso en particular, si es oportuno indicar, que hay situaciones de riesgo en las cuales, si habrá una detallada normatividad, que regule aspectos de normas de cuidado, como por ejemplo en el tráfico viario, en el cual la ley y el reglamento de la materia, establecen diversas normas que tienen por objeto regular, la actividad riesgosa, y establecer normas de cuidado, para desarrollar esa actividad riesgosa; de igual manera sucederá, cuando se trate de control o manejo de fuentes de riesgos que están formalizadas, en tales casos habrá normas reglamentarias, que regulen ese ámbito (reglamentos, instructivos, manuales etcétera).

Conviene aquí señalar que respecto del deber de cuidado en el delito imprudente se distingue entre deberes de cuidado externos y deberes de cuidado internos, los cuales permanen el ámbito valorativo de la infracción de las normas de cuidado que deben adoptarse; dichos ámbitos se desarrollan así: (a) el deber de cuidado interno. Se

corresponde con el precepto general de los cuidados debidos, es decir se trata del deber de advertir situaciones peligrosas en el desarrollo de conductas de riesgo, dicho aspecto se denomina como “deber de examen previo” y respecto del mismo se ha dicho que consiste en “en la observación de las condiciones bajo las cuales se realiza una acción y en el cálculo del curso que seguirá y de las eventuales modificaciones de las circunstancias concomitantes, así como en la reflexión acerca del como se puede evolucionar el peligro advertido y cuales son sus efectos” (Jescheck, 1993: 525); (b) El deber de cuidado externo. Por el cual se exige que la conducta de la persona, se adecue a los eventos de riesgo que han sido advertidos, para que asumiendo una actitud cuidadosa, se eviten los peligros que podrían concretarse en un resultado lesivo. Desde esta noción se señalan algunos parámetros del cuidado externo que se reconducen a: (I) la abstección de realizar conductas idóneas para la realización de la conducta típica imprudente o “cuidados como omisión de acciones peligrosas; (II) la exigencia de realizar todas aquellas conductas de riesgo permitido, bajo parámetros de cuidado debido, es decir empleando las medidas de precaución, control y supervisión de las actuaciones que se ejecutan, para mantener las conductas dentro de la esfera de riesgo permitido o “cuidado como actuación prudente en situaciones de peligro”; (III) se vincula además el cuidado debido externo a la observancia de los deberes de preparación y de información respecto de las conductas peligrosas que hayan de ejecutarse, para prevenir los riesgos que se pueden derivar de dichas conductas o “cuidado como cumplimiento de un deber de información” (Jescheck, 1993:527).

Un punto medular, es como graduar el deber de cuidado, en principio se desarrollaron criterios objetivos como el del hombre medio y criterios subjetivos como el tener en cuenta los especiales conocimientos o habilidades del autor, que eran excluyentes entre si, para ello se recurría a la formulación del deber objetivo de cuidado y del deber subjetivo de cuidado. Sin embargo, se ha postulado la simbiosis de los criterios objetivos y subjetivos, para apreciar si concurrió o no, el deber de cuidado (Choclan, 2001:57/59) y por ello se acepta, que deber valorarse desde una perspectiva *ex-ante*, cual hubiese sido el cuidado debido, de un hombre prudente en la situación del autor (criterio objetivo) pero con los conocimientos y habilidades de la persona en particular (criterio subjetivo). A la consideración del deber de cuidado, se le agregan correctivos como el principio de confianza, de cual se indica, no es exclusivo de la imputación objetiva (Puppe 2002; 50/55); se ha indicado que el principio de confianza –Vertrauensgrundsatz– es un criterio valorativo, por el cual, se delimitan los respectivos deberes de cuidado, cuando se actúa en conductas de riesgo, que requieren división de funciones, de ahí que, es un parámetro para actuar bajo el riesgo permitido sin que –en principio– los resultados le sean imputables a quien actúa confiando en los deberes de cuidado de los demás (Choclan, 200: 97) Si este ámbito, se trabaja con el modelo de la imputación objetiva, en este aspecto deberá valorarse, si se esta ante una conducta, que ha creado un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado, y para tal graduación servirán, los

criterios expuestos *infram*, de conductas realizadas dentro de un riesgo permitido, conductas que disminuyen el riesgo y conductas que no han aumentado el riesgo de manera relevante.

Punto importante en los delitos imprudentes, es el llamado nexo de determinación, por el cual, debe establecerse que, entre la violación del deber de cuidado y el resultado producido, ha mediado una relación de determinación, en el sentido que esa violación del deber de cuidado, es la que ha determinado el resultado y no otra; es decir, la relevancia de la producción del resultado, debe quedar determinada, por la violación del cuidado debido que no se cumplió; y que fue el determinante para que se produjera el resultado, de no ser así, aunque halla violación al deber de cuidado, no se configura el nexo de determinación, por que, no fue la violación al deber de cuidado, la causa determinante del resultado. Ahora bien, para graduar el nexo de determinación puede servir el juicio de inclusión hipotética, en el cual de manera inferencial, puede incluirse la conducta cuidadosa que debió haberse observado al caso en particular, y si el resultado no sobreviene, se constata el nexo de determinación, es decir la conducta violadora del deber de cuidado, determinó el resultado; empero si aun con la inclusión de la conducta cuidadosa, el resultado siempre se produce, no existe nexo de determinación, y el resultado no está determinado por la violación al deber de cuidado en cuyo caso se excluye la tipicidad culposa. De considerarse el modelo de la imputación objetiva, en este aspecto se evaluaría, el fundamento de que el resultado, debe ser la concreción del riesgo creado, el cual está jurídicamente desaprobado; siendo los criterios de imputación objetiva a considerar: conductas que habiendo creado un riesgo no permitido no concretan el resultado; la imputación del resultado por incremento de riesgo; conductas que provocan un resultado no cubierto por el fin de protección de la norma; conductas que aceleran el resultado; cursos causales hipotéticos y causalidades de reemplazo; pero es menester precisar que algunos de esos criterios no alcanzan un pacífico consenso en el ideario de la dogmática penal.

97

El resultado, es otro elemento del tipo objetivo culposos, generalmente los tipos culposos, exigirán un resultado verificable desde la fácticidad, si el tipo penal requiere en el caso particular un resultado con entidad material –como delito de lesión– la falta del resultado, impedirá la realización del tipo penal, por cuanto en estos casos, el desvalor del acto, que radica en la infracción del deber de cuidado, no es suficiente para colmar la tipicidad, por cuanto en los delitos culposos, no concurre la tentativa que requiere un inicio de ejecución dolosa. Aunque también, pueden haber tipos culposos contruidos sobre la noción del peligro, y en ellos no se exigirá un resultado de lesión, sino solo la ocurrencia del peligro.

Aspecto también fundamental en los delitos culposos, es la previsibilidad, ésta se construye, como la posibilidad efectiva de conocer el peligro que la conducta representa para los bienes jurídicos, y la posibilidad de prever el resultado de acuerdo a ese conocimiento. Si concurrió un conocimiento efectivo de la situación habrá culpa consciente, si los hechos no fueron previstos, pero eran previsibles habrá culpa inconsciente.

De acuerdo a lo anterior, puede concurrir una culpa representada o consciente, que es aquella en la cual, el sujeto habiéndose representado como posible la producción de un resultado, respecto de la conducta que verifica, confía en poder evitar el resultado, que al final deviene como consecuencia de la conducta imprudente. La culpa sin representación o inconsciente, es aquella en la cual, el agente no previó la posible ocurrencia del resultado lesivo, el cual era previsible, a consecuencia de lo cual, se ocurre el resultado lesivo; ahora bien, debe aquí matizarse, que esta previsibilidad, debe sustentarse en la posibilidad efectiva del poder y deber haber previsto el hecho que ocurrió, es decir debe tenerse la posibilidad real de haber previsto el hecho, y el deber de hacer esa previsión; por que de lo contrario, se entraría en un ámbito de responsabilidad objetiva, ante el acaecimiento de un resultado lesivo.

- 98** Por último, dado que la culpa representada comparte con el dolo eventual el mismo elemento de conocimiento, deben precisarse algunos criterios de diferenciación: a) En el dolo eventual, el agente asume con displicencia el resultado, el cual aunque no quiere producirlo, lo asiente en caso de que se produzca; en cambio en la culpa representada la actitud del agente no es de apatía, sino de imprudencia, confiando en que al final, evitará el resultado; b) En el dolo eventual, el agente no renuncia al desarrollo de la conducta, de la cual es evidente que se devendrá el resultado, no haciendo nada, para evitar la producción del mismo; en la culpa consciente, se hace lo posible por eludir el resultado, pero debido a la falta del cuidado debido, el resultado se produce; c) en el dolo eventual, no basta la representación del resultado, sino que el agente acepta ese resultado; en la culpa con previsión, aunque el resultado se concibe como posible, no hay aceptación del mismo y se confía en poder evitarlo.

19

ACCIÓN Y OMISIÓN

Los hechos punibles pueden ser realizados por acción o por omisión.

Ambas, acción y omisión, son las dos dimensiones posibles del comportamiento humano.

Su presupuesto es el *actuar humano libre*; en los *delitos de acción* se infringe una norma prohibitiva, es decir, que prohíbe la realización de una conducta, y en los *de omisión* se infringe una norma preceptiva, es decir, que ordena actuar en un determinado sentido, castigando el no hacerlo.

El *concepto de acción* se aborda desde muy distintos puntos de vista: se habla de ella como la transformación física y externa del mundo exterior, como la dirección humana encaminada a un fin o como el dominio objetivo del comportamiento que prevé un resultado.

99

La acción que interesa al derecho penal es la acción libre y consciente, es decir, llevada a cabo con pleno uso de los sentidos y facultades, lo que excluye las actuaciones debidas a “vis absoluta” sobre el sujeto que actúa, los estados de inconsciencia del sujeto y los movimientos reflejos.

El presupuesto de la acción genera *delitos de resultado* y *delitos de mera actividad*: en los primeros será necesario que se cause un resultado separable en el espacio y en el tiempo de la conducta, lo que no sucederá en los segundos.

La *omisión* no se identifica en absoluto con la pasividad física, sino que consiste en hacer algo distinto a lo que ordena una norma preceptiva.

El presupuesto de la omisión genera *delitos de omisión pura* y *delitos de comisión por omisión*: los primeros consisten sólo en no hacer algo determinado, mientras que en los segundos además se requiere la no evitación de un resultado que se produce. En la técnica que el Código utiliza, hay ocasiones en las que la omisión está prevista como tal en la ley, mientras que tal no sucede expresamente en otras, donde a la causación del resultado se puede llegar tanto por acción como por omisión (comisión por omisión).

La relación de causalidad

El hecho y la acción que lo produce están unidos por una determinada *relación de causalidad*, es decir, una relación que impute el resultado a una conducta que suponía el peligro de producirlo.

En los *delitos de acción*, la relación de causalidad es necesaria para la imputación objetiva del resultado, pero no en los *delitos de comisión por omisión*, donde lo que se requiere es que el sujeto no haya impedido el resultado cuando debió hacerlo, en virtud de la posición de garante que ocupaba.

La indagación de qué conductas son causa de un resultado penalmente relevante se construye a través de varios postulados:

a) Para los casos más simples, a partir del conocimiento de las *leyes de la naturaleza*, puede considerarse que una conducta ha condicionado causalmente un resultado cuando, suprimiéndola mentalmente -imaginando que no hubiera sucedido- desaparecería el resultado.

100 b) Si la actuación posterior, dolosa o imprudente, de otra persona distinta al sujeto que actúa interrumpe o desvía el nexo causal, debe analizarse si esa segunda actuación era o no *previsible*: si lo era se mantendrá la imputación del resultado al sujeto principal.

c) Entre una pluralidad de causas que naturalmente hayan incidido en la producción del resultado, sólo serían jurídicamente relevantes para imputárselo aquéllas que pareciesen *adecuadas* en la mente de una persona que, antes de desencadenarlas, así lo hubiera considerado, descartándose por tanto aquéllas que sólo hicieran aparecer al resultado como muy improbable.

d) En los *delitos de acción* son conductas penalmente relevantes las que crean un *riesgo* jurídicamente desaprobado, riesgo que produce el resultado. Ello no sucede:

- Cuando con esa actuación se trata de evitar otro riesgo mayor (por más grave) en el mismo bien jurídico.
- Cuando lo que se genera es un riesgo insignificante, criterio a valorar con los parámetros de adecuación referidos en el apartado c) anterior.

- Cuando el riesgo generado es socialmente asumido como no acreedor de reproche penal en el tipo de actividad en que se produce (p.ej. prácticas deportivas).

e) Todo lo anterior debe completarse con la afirmación de que no realiza la conducta penalmente relevante todo el que causa el resultado en forma previsible, sino tan sólo aquél a quien puede *imputársele* el hecho como propio.

JURISPRUDENCIA.

“La conducta omisiva es aquella en la cual el sujeto activo, no realiza una determinada acción que le impone la norma jurídica, siendo que tal inactividad sólo será relevante en la medida que esté exigida por la norma, es decir el concepto de omisión debe entenderse bajo una connotación normativa, es decir jurídico-penal y no meramente en su sentido natural. La omisión que se estructura a partir del artículo 201 CP la podemos adecuar a las que la doctrina califica de propias; con ello se quiere indicar que en tales omisiones, lo que se punibiliza es la mera infracción del deber de actuar, que le es impuesto al sujeto activo, por el supuesto de hecho de la norma penal. Son elementos dogmáticos de los delitos omisivos propios a nivel del tipo objetivo: (a) la descripción del deber de acción, la cual consiste en los presupuestos del hecho que originan el deber de actuación; (b) la no realización por parte del sujeto activo de la acción determinada que la norma penal ha impuesto; (c) el poder de acción el cual consiste en la capacidad actual que el sujeto tenga para poder realizar la acción mandada; (d) el nexo de evitación. En el aspecto subjetivo se requiere la concurrencia del dolo sobre la situación típica y del poder de realización de la acción mandada. (T.S. 3° S.S., 18-05-01)”

101

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Otro supuesto que debe abarcarse, es el de las causas que normalmente se entienden que excluyen la acción u omisión, en virtud de que el derecho penal, únicamente se dirige a la regulación de la conducta de personas humanas, y esa es la estructura que ha adoptado actualmente el orden penal patrio. Los supuesto de inexistencia de conducta en su sentido de ser relevantes para el derecho penal son los siguientes: a) El aspecto interno bajo el apotegma *Cogitationis poenam nemo patitur* –que nadie tenga pena por sus pensamientos– de ahí que, las actitudes, los pensamientos, las intenciones, las emociones, no son conductas con trascendencia penal, y aquí debe incluirse por extensión las formas de ser, la vida por el carácter, la personalidad del sujeto; por que asociado a este axioma, están la garantía de que no hay crimen sin conducta y de que la culpabilidad es de acto o de hecho y no de autor; de tal manera que, nadie puede ser

sancionado por su forma de ser, máxima garantía del respeto a la autonomía ética de las personas y por ende al principio de dignidad humana; b) los supuestos de ausencia de acción, en los cuales, los actos meramente físicos, no son una expresión de voluntad de la persona, por que la misma, esta completamente anulada. En esta circunstancia, concurren la fuerza física irresistible –*vis maior*– que pueden ser tanto interna como externa, se diferencia de la *vis compulsiva*, que es de orden moral y excluirá en su caso la culpabilidad, mientras que la *vis maior* excluye la acción; los actos reflejos, excluirán la acción, mientras los llamados actos en corto circuito o impulsivos excluirán la culpabilidad; los estados de inconsciencia, son otra causa de exclusión de la conducta, el fundamento, es la ausencia de la actividad de las funciones mentales superiores, lo cual origina una pérdida plena de la conciencia: el sueño, el sonambulismo, la narcosis, la epilepsia, la embriaguez comatosa u letárgica, la hipnosis. Dos precisiones deben indicarse sobre estos últimos aspectos: el primero, es que la similitud que tienen con el estado de inimputabilidad, se ve diferenciada en que en los supuestos de exclusión de acción, no hay conducta, la cual si ocurre en los actos del inimputable; el segundo es que en algunos en estos supuestos, podrían concurrir cuestiones de imprudencia, que deberán ser valoradas para negarlas o afirmarlas según los criterios de imputación de la culpa; el caso fortuito, también es un acontecimiento, que por su imprevisibilidad excluye la conducta, puesto que aquí se trata de eventos en los cuales, no hay imputación respecto de un actuar doloso o imprudente.

102

Delito Omisivo.

Es proverbial la distinción entre los delitos comisivos y los delitos omisivos, aquí conviene abordar la cuestión del delito omisivo; siendo que la estructura típica del delito omisivo, puede responder al delito doloso de omisión, o al delito culposo de omisión, pero como ya se dijo antes, esas particularidades rebasan los alcances de estas reflexiones. Conviene entonces iniciar indicando, que la omisión se construye a partir de preceptos imperativos que mandan a desarrollar ciertas conductas, contrario a los tipos penales de acción que prohíben comportamientos (Fuentes de Paz, 2002: 185) No obstante, la sistemática penal, ha venido elaborando el concepto de omisión, paralelo al de acción mediante el principio de inversión; sin embargo es imprescindible señalar, que la diferenciación de hace algunos lustros entre delitos de dominio (vinculados a la acción) y delitos de infracción de deberes (vinculados a la omisión) cada vez más se ha ido difuminando para parte del pensamiento penal (Jakobs, 1996; 59/65) por cuanto los modelos de competencia en la organización y de competencia institucional se han ido equiparando entre delitos de dominio y de infracción de deberes, cuestión que debe ser prudentemente analizada (Schünemann, 1994: 13/14)

La omisión puede manifestarse de tres formas distintas: a) los llamados tipos de omisión propia, en los cuales, lo que se criminaliza es la infracción de un deber de actuar, sea

que acontezca o no un determinado resultado, estos tipos penales se describen expresamente como tipos omisivos, ejemplos de los mismo serían, el art. 175 CP, 176 CP, 201 CP, 278 CP entre otros ; b) los denominados tipos de comisión y omisión propia, en los cuales se sanciona en el mismo tipo penal, tanto la acción generadora de un resultado como la omisión de evitarlo, dando lugar a la combinación simbiótica de acción y omisión, un claro ejemplo del mismo es el artículo 275 N° 1CP; c) la llamada comisión por omisión, o tipos impropios de omisión, por los cuales, la no realización de una conducta bajo circunstancias especialísimas importa que equivalga a la comisión de un hecho.

Conviene aquí examinar brevemente, lo referente a la omisión propia, para ello, debe tenerse en cuenta, que los tipos omisivos describen una conducta debida, es decir imponen un deber de realización, de ahí que, esa es la conducta que habrá de considerarse, quedando proscrito extender la apreciación a cualquier otra conducta diferente. Si se parte de un mandato normativo, la omisión no es un simple no hacer, sino, no realizar lo que estaba impuesto como deber que se realizara. Son elementos constitutivos de la omisión: a) La situación típica. La cual consiste en el supuesto de hecho que se describe en el respectivo tipo penal, en ella se encuentra el mandato preceptivo que impone el deber de actuar; b) La no realización del mandato. Lo cual significa que el sujeto, ante el mandato que le impone la norma, lo incumple, realizando una conducta diferente a la prescrita por la norma; este aspecto es esencial en la conducta omisiva, el incumplimiento del mandato, es lo que centra la tipicidad; de ahí que, si se cumplió el mandato, pero el resultado fue insatisfactorio no habrá tipicidad omisiva, por que lo que se impone, es la realización de un mandato, no que en la ejecución el cumplimiento del mismo, alcance la eficacia debida; para medir este parámetro, debe hacerse una comparación entre la conducta que realizó el sujeto activo, y la requerida por el cumplimiento del deber impuesto por la norma. c) La posibilidad de cumplir el mandato. Este elemento se ciñe a que, el agente debe tener la posibilidad efectiva, de poder realizar la acción ordenada, si en el caso concreto, no se tiene el poder de cumplir con el acto mandado, no concurre la tipicidad en la omisión; e) El nexo de evitación. Esta relación de imputación entre el acto que se omitió y el resultado que se produjo, es hipotético, y consiste en la probabilidad de que la conducta debida hubiese evitado el resultado, ello cuando, en la omisión se requiera un resultado de lesión, por que de ordinario los tipos omisivos propios, estarán contruidos como tipos de infracción de deber y ese el elemento que debe constatararse.

La omisión también tiene una construcción subjetiva, un tipo subjetivo que debe ser colmado. Si se trata de una omisión dolosa, deben concurrir en este aspecto: a) el dolo, el cual tiene cierta peculiaridad, por cuanto, desde el elemento cognitivo necesita del efectivo conocimiento de la situación típica generadora del deber de actuar en toda su

extensión,; b) el conocimiento del agente del poder de actuar para impedir el resultado. (Bacigalupo 1989: 232).

Relación de causalidad-imputación objetiva.

También es oportuno considerar en este apartado, la cuestión de la causalidad, puesto que la misma fue considerada en este lugar por el comentarista original –con ello se guarda la sistemática del comentario– y por que la reforma del artículo 4 CP, permite cavilar el aspecto del nexo de imputación, desde una visión causal y otra normativa que podría corresponderse con algunos criterios de la imputación objetiva –que es una cuestión diferente a la responsabilidad objetiva – por lo que se justifica abordar dicha temática.

104

Debe iniciarse considerando que, en los delitos de resultado, en los cuales hay una escisión entre conducta realizada y resultado producido, se ha exigido una relación causal entre dicha conducta y resultado concurrido, y dicha causalidad en sus orígenes se ha determinado como una causalidad física. De las teorías más relevantes de la causalidad física, se señala la teoría de la equivalencia de condiciones, y para la misma, es causa del resultado, toda condición que suprimida mentalmente, fuera capaz de que no se produjese el resultado, dicha teoría en su momento significó un avance, aunque la misma fue objeto de críticas por la posibilidad de regresión hacia eventos anteriores, inclusive remotos que también constituyen causa; este exceso fue debidamente corregido por la concurrencia del dolo o la culpa dándole sincretismo entre lo subjetivo y lo objetivo; como propia expresión de la causalidad física, en este ámbito estaría ubicado, el aspecto del nexo causal que se introdujo en la reforma del artículo 4 CP.

Siguieron posteriormente a la causalidad natural, teorías como las de la causalidad adecuada, según la cual no toda condición se torna causa del resultado, sino sólo las condiciones, que según la experiencia general, habitualmente producen el resultado. Otra teoría explicativa de la causalidad, que tuvo fuerte influencia, fue la teoría de la relevancia, ésta parte de una causalidad física, pero los problemas posteriores a dicha causalidad fáctica, se resuelven con criterios normativos, los cuales se extraen del contenido de los tipos penales. La teoría de la adecuación social, también se plantea como un correctivo jurídico a la causalidad, mediante la interpretación del sentido de los tipos penales (Cancio Meliá, 2001:45/46); de ahí que la causalidad no podría imputar el hecho como típico, si la acción u omisión ejecutada, era socialmente adecuada, con ello, se corrigen la causalidad, y la misma opera, tanto en tipos dolosos como culposos (Schünemann, 1998: 221/226).

La nueva formulación de la imputación objetiva, descansa en la formulación de distintos criterios, que no son asumidos de *communis opinio*, y es un tema altamente controvertido

y nada pacífico, el fundamento esencial, de la imputación objetiva, es la determinación de cuando un resultado, puede ser atribuido a una persona en sede de tipicidad objetiva (Schünemann,1998:238/239). Según la imputación objetiva, se examina cuando un resultado, producto de una conducta según la causalidad física, puede jurídicamente ser atribuida al agente; de ahí que, se sostenga que dicha doctrina es de la causalidad jurídica y no física, y por lo mismo pretende ser un correctivo de la causalidad física, pero en sede de tipo objetivo, es decir sin recurrir al tipo subjetivo o al menos subordinándolo (Ferrante,1998: 17).

Los presupuestos de la imputación objetiva para la doctrina sustentante, están erigidos sobre los siguientes aspectos: a) relación de causalidad natural entre acción y resultado utilizando los criterios de la teoría de la equivalencia; b) creación a través de la conducta de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado; c) exigencia de que el resultado producido sea una concreción del riesgo que se creó, ello de acuerdo con la finalidad de tutela de la norma –fin de protección de la norma– (Eser, Burkhardt, 1995: 120/122). Sin embargo debe indicarse que desde el aspecto metodológico de la sistemática penal, la teoría de la imputación objetiva, se extiende en sus consecuencias a todas las categorías de la teoría del delito (Wolter, 1994; 65)

Cuestión importante, son los criterios que se utilizan por la imputación objetiva, aunque deben indicarse, que no todos ellos gozan de asentimiento en la doctrina, y algunos de dichos criterios se mantienen como opiniones minoritarias. Para la utilización de los criterios, debe recordarse que el primer presupuesto, es la afirmación de la causalidad física (Sancinetti, 1998: 44) lo cual es independiente de los criterios de imputación objetiva; afirmada la causalidad física, debe afirmarse ya la causalidad jurídica, y para ello es necesario confirmar, si la conducta ha producido la creación de un riesgo no permitido; para confirmar o negar ésta última cuestión, se han elaborado diversos criterios de imputación que son los siguientes: 1) conductas en que se actúa de acuerdo a un riesgo jurídicamente permitido; 2) conductas que tienden a disminuir el riesgo; 3) conductas que no han aumentado el riesgo de manera jurídicamente relevante. Sobre dichos criterios a pesar de las discusiones hay más beneplácito en aceptarlos (Eser, Burkhardt, 1995: 124).

Cuando se ha afirmado la creación de un riesgo no permitido, se pasa al restante presupuesto, que radica en la determinación de si la creación del riesgo no permitido, se ha concretado en el resultado, es decir, si ha operado la concreción del riesgo en el resultado; sobre ello se han creado diversos criterios –que son los más polémicos– siendo estos: 1) conductas en las cuales el resultado no realiza el riesgo no permitido; 2) imputación del resultado que supone un incremento sustancial del riesgo; 3) conductas en las que el resultado no está cubierto por el fin de protección de la norma; 4) conductas

que producen una aceleración del resultado que siempre se hubiese producido; 5) criterios de cursos causales hipotéticos; 6) casos de causalidad de reemplazo.

A continuación –en apretado epitome– se abordara cada grupo de criterios: (A) creación de un riesgo no permitido. En este aspecto, debe determinarse si la conducta realizada, ha entrañado ya la creación de un riesgo no permitido. Y para esto, se han determinado diversos criterios, que son los que a continuación se detallan.

106

1) La actuación conforme a un riesgo jurídicamente permitido. En este criterio, el sujeto desarrolla una conducta riesgosa, pero que no esta jurídicamente desaprobada, es decir esta permitida (Roxin 1990: 139-140) por ello, la asunción del riesgo esta habilitada por el derecho, si en esa actividad riesgosa, el sujeto no ha excedido los límites del riesgo permitido, el resultado dañoso que cause no le es imputable objetivamente. Cubre las áreas de deportes de riesgo, asunción de practicas de situaciones peligrosas, tráfico viario. Para corregir los ámbitos del riesgo permitido en conductas culposas, se han formulado correctivos, como el principio de confianza, el cual establece, que quien se comporta con el cuidado debido en una actividad de riesgo compartida, podrá confiar que las demás personas también guarden el cuidado debido, mientras no existan motivos fundados que permitan entender lo contrario, por que en tal caso el principio de confianza comienza a decrecer y debe incrementarse el cuidado debido (Jakobs 1996: 105-106) este principio tiene marcada relevancia en delitos culposos de tráfico viario, en responsabilidad por cooperación en la división del trabajo, responsabilidad médica, delitos contra la seguridad etcétera.

2) Conductas que disminuyen el riesgo: Este tópico, trata de los casos en aquellas conductas en las cuales, el autor ha disminuido el riesgo corrido por el bien jurídico, si tal es el caso, no puede imputársele el resultado sucedido a partir de la conducta desplegada. Si la conducta ha buscado aminorar un riesgo no creado, si a consecuencia de ella se lesiona un bien jurídico, ese resultado no es imputable objetivamente, la diferencia que se marca con el estado de necesidad, es que este criterio de imputación objetiva, resuelve el hecho en sede de tipicidad objetiva (Roxin 1996: 365). Si debe indicarse que en algunos casos referentes a las actuaciones medicas deben observarse criterios como el del consentimiento informado, y el de apego a la *lex artis*.

3) Conductas que no incrementan el riesgo de manera relevante. Si la conducta realizada no genera un aumento jurídicamente relevante respecto del riesgo, no procede imputar objetivamente el resultado dañoso sobrevenido. Si se nota, aquí se genera ya un aumento de riesgo, pero es tan mínimo, que el mismo se vuelve irrelevante para poder imputar un resultado lesivo. Para enjuiciar el aumento del riesgo, se proponen los parámetros de la causalidad adecuada, es decir, si *ex ante*, un observador cuidadoso,

considera arriesgada la conducta para generar un peligro no permitido, teniendo en cuenta los propios conocimientos del sujeto (Roxin 1996: 366-368)

(B) La creación de un riesgo no permitido debe producir el resultado. Si se ha determinado que el riesgo se creó de una manera no permitida, ello no es suficiente para imputar objetivamente el resultado, para ello se requiere, que el riesgo no permitido que se creó, se concrete en el resultado acontecido. Debe señalarse que en estos criterios no hay una aquiescencia absoluta y que alguno de ellos inclusive son tesis minoritarias.

1) Conductas en las que la realización del riesgo no permitido no produce el resultado. En estos casos, el sujeto ha creado un riesgo desaprobado para el bien jurídico, pero el resultado, que se produce no es consecuencia de ese riesgo, aunque esta vinculado al mismo. En tal esquema, el resultado se produce por cursos causales imprevisibles, y no dominables por lo que ese el motivo de no concreción del riesgo; por el contrario, si el curso causal es previsible, el mismo es irrelevante en una desvariación no esencial y se afirma la imputación (Roxin 1996: 373-374). Son casos por ejemplo donde se atenta contra la vida de una persona, pero ésta muere por otros cursos causales desligados esencialmente del riesgo originariamente creado. Por la creación del riesgo originario se responde en tentativa.

107

2) El incremento del riesgo considerable hace imputable el resultado. Se señala que, es imputable objetivamente el resultado a la conducta que ha provocado un aumento considerable en el riesgo que se ha concretizado en el resultado, aunque dicho resultado se hubiese evitado, si la conducta hubiese sido cuidadosa pero no con certidumbre. El criterio señala, que el incremento del riesgo es suficiente, aunque si se hubiese observado una conducta cuidadosa (probablemente) el resultado siempre hubiese ocurrido. (Roxin, 1996: 380/384). Aunque como ya se indicó, este criterio no es aceptado de manera unánime, y esta sujeto a consideraciones disimiles, algunas de ellas avanzan en el sentido de la formulación del principio de imputación objetiva en sentido estricto (Schünemann, 1998: 246/247).

3) Conductas en las cuales el resultado no esta cubierto por el fin de protección de la norma. Este criterio señala que, aunque la conducta haya creado un riesgo no permitido, y el mismo ha producido un resultado, si la razón de la norma, no tenia por finalidad cubrir al bien jurídico de esa modalidad de causación del resultado, se excluye la imputación objetiva del resultado respecto de la conducta. Es importante considerar, que lo esencial de este criterio es el fin de protección de la norma, que establece límites al riesgo permitido y no el fin de protección del tipo penal. Así cuando el resultado no es una realización del riesgo ilícito creado, ese resultado no queda protegido por el fin de la norma (Roxin, 1996: 377/378) Quedan comprendidos en este criterio, los casos de

asunción de riesgos por la víctima (Roxin, 1996:387/393) bajo los modelos de auto-puesta en peligro, y heteropuesta en peligro consentido por la víctima, (Cancio Meliá, 1998: 195/200); de igual manera se considera la denominada auto-responsabilidad de la víctima, bajo los enfoques de autoresponsabilidad como principio prejurídico; autoresponsabilidad como magnitud determinada de modo funcional, que se divide en: teorías del comportamiento típico y autoresponsabilidad y prevención general positiva; la autoresponsabilidad como fundamento material del sistema de imputación (Cancio Meliá, 1998; 264/280) toda esa visión, bajo la línea de la victimo-dogmática (Cancio Meliá 1998, 219/225). También aplica a los casos de causalidad remota o completamente periférica.

4) Conductas que producen aceleración de resultados que siempre se hubiesen producido. En estos casos el resultado lesivo, esta por sobrevenir y es acelerado por una conducta dolosa o culposa, que crea un nuevo riesgo y acelera el resultado, mediante interferencia con el mismo. En tales casos, la imputación del resultado le es objetivamente imputable a quien causó la aceleración del resultado. Involucra interferencias de cursos causales y supuestos de eutanasia.

108 5) Cursos causales hipotéticos. Este criterio, permite imputar el resultado del hecho reprobado jurídicamente, y cometido por una persona que de no realizarlo, siempre hubiese sido realizado por otra persona; no opera aquí el principio de asunción, por que las prohibiciones —se dice— no pueden quedar subordinadas a la voluntad lesiva de los particulares, de ahí que, sí el resultado realizado, es la concreción de un peligro creado, exclusivamente por el agente, ese es el fundamento normativo para imputar la concreción del riesgo jurídicamente desaprobado al resultado; este criterio opera para imputaciones dolosas o culposas (Roxin, 1996: 368). La única excepción para excluir la imputación, es cuando se modifica únicamente la causalidad natural, sin empeorar la situación de la víctima, y el resultado siempre sobreviene por que era inevitable; si el daño no se anticipó, ni se aumento conforme al principio de intensificación el resultado no es imputable.

6) Causalidades de Reemplazo. En estos casos, se trata de dos o más causalidades diferentes que concurren sin connivencia, pero creadoras cada una de ellas de un riesgo no permitido, que por si solas no hubiesen determinado el resultado, pero unidas si lo provocan; en estos casos se afirma la imputación del resultado, aunque no se afirme la causalidad física, en estos casos debe considerarse que la determinación de la imputación del resultado la propicia no la acción alternativa, sino la acumulativa.

20

COMISIÓN POR OMISIÓN

El que omite impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídico de obrar y su omisión se considerará equivalente a la producción de dicho resultado.

El deber jurídico de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, al que con su comportamiento precedente creó el riesgo y al que, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado.

El precepto establece los criterios que determinan las condiciones por las que *no impedir un resultado equivale a producirlo activamente*, es decir, que la acción omitida hubiera podido impedir el peligro y por tanto la lesión del bien jurídico protegido.

El delito de comisión por omisión se construye a partir de varios presupuestos:

109

- a) La *ausencia de acción*.
- b) La *capacidad de realizarla*, entendida como la posibilidad de conocer los medios para evitar el resultado.
- c) La *posición de garante* de quien omite el actuar pudiendo hacerlo.
- d) La *producción de un resultado* de lesión o peligro previsto en un tipo penal.
- e) La *posibilidad de evitarlo*, lo cual obliga necesariamente a hacer un juicio hipotético sobre la capacidad de la acción omitida para evitar el resultado, juicio que muy difícilmente podrá moverse en ámbitos de absoluta seguridad.
- f) La *relación de causalidad* entre la omisión de la acción y el resultado, constatada cuando si el autor hubiere realizado la acción, con gran certeza, el resultado no se hubiera producido.

El núcleo central de esta forma delictiva es la posición de garante del autor, lo que significa que, o bien le corresponde una específica *función de protección del bien jurídico* o bien el *control de una fuente de peligro* para el mismo.

A efectos penales, como se ve en el segundo párrafo del precepto, no basta cualquier deber jurídico para construir esa posición de garante, sino que hay que ceñirse a los supuestos aquí recogidos, que en realidad definen una específica posición de garante: *la subsistencia de un determinado bien jurídico depende del cumplimiento de específicos deberes de actuar*.

El segundo párrafo del precepto enumera las posibles fuentes que determinan la posición de garante, que se concretan en la concurrencia específica de una obligación legal de actuar y en la creación de un riesgo para el bien jurídico protegido a partir de una previa acción u omisión.

Un problema que se plantea es el de considerar si el precepto no admite otras posibles fuentes que den lugar a la posición de garante o si las ahí enumeradas son meros ejemplos, existiendo otras situaciones que generan el deber jurídico de obrar al que el precepto se refiere como presupuesto de la comisión por omisión. Nos decantamos por una interpretación restringida en el sentido de que el precepto enumera de forma taxativa dichas fuentes, aunque no debe perderse de vista que la generalidad de los términos con que se hace referencia al origen posible de ese deber jurídico debe servir para recibir adecuadamente los supuestos de incriminación, sin excesivos riesgos para el principio de seguridad jurídica.

110

La existencia de ese deber jurídico se concreta en lo siguiente:

1º) *La imputación legal de la obligación de cuidado, protección o vigilancia*

Quien, por ley o por su precedente comportamiento, asume la obligación de actuar de forma que quede protegido un bien jurídico comprometido por ello, responde del resultado que constituye su lesión ante la defectuosidad de su comportamiento.

La existencia de una relación de efectiva dependencia absoluta de una persona respecto de otra, asumida por ésta, suele manifestarse en ámbitos familiares en las relaciones que ligan a unos sujetos con otros.

En otras ocasiones existe una comunidad de peligro entre quienes participan voluntariamente en una actividad peligrosa, hallándose todos en una posición de garante respecto de los demás.

También cabe que se asuma voluntariamente una función de protección que lleva al sujeto u objeto protegido a una total dependencia respecto del primero.

2º) *La previa creación del riesgo*

El sujeto debe controlar las fuentes de peligro que operan en su ámbito de dominio. El sujeto está obligado a vigilar los peligros creados por sus acciones u omisiones, de forma que si la ausencia de esas medidas cautelares sobre el peligro es lo que produce el resultado penalmente relevante, se entiende que es el sujeto quien lo ha causado.

Esto no obstante, hay que matizar que sin dolo o imprudencia en la creación del peligro no cabe imputar al sujeto la generación del riesgo ni por tanto el resultado penalmente reprochable.

3º) *La asunción de la responsabilidad de que el riesgo no producirá el resultado*

Ese deber anterior se extiende respecto a las personas que se encuentran a cargo del omitente, por lo que si generan o sufren resultados lesivos (para un bien jurídico) penalmente relevantes por los mismos mecanismos antedichos, igualmente se entiende que el sujeto es quien ha causado el resultado.

JURISPRUDENCIA.**111**

“En el Art. 20 Pn., se prevé la imputación de un resultado dañoso a la persona que en razón de un deber jurídico, tuviere la obligación de actuar a fin de evitar dicho resultado; hipótesis normativa aplicable también a las conductas culposas de omisión. En consecuencia, es la omisión del deber de actuar lo que origina el resultado, cuando tal resultado era previsible y evitable, según las circunstancias del caso en particular que se juzga (...) La posición de garante deviene de situaciones como la descrita por el fiscal, en que la realización de labores peligrosas por parte de un subalterno o jornalero, a instancias de un jefe o capataz, obligan a éste a adoptar medidas o a realizar acciones que impidan la producción de un resultado nocivo para la integridad física del trabajador, pues en tales circunstancias se origina el deber jurídico de actuar con el fin de evitar el eventual perjuicio. (Casación, 23-06-99)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

A los comentarios originales se añaden los siguientes: Se ha dicho que los delitos impropios de omisión, son las infracciones no tipificadas del deber de impedir un resultado de un delito de comisión –tipificado– (Bacigalupo 1989: 228); para que pueda suceder esa inversión, debe existir una cláusula habilitadora, que bajo ciertos requisitos especiales, permita imputar la omisión de un deber jurídico a la comisión de un acto, dicha formula es la utilizada en el precepto que se comenta. En la estructura de los

delitos omisivos impropios, coinciden algunos elementos de la omisión propia, que son los que a continuación sólo se mencionan: a) la situación típica generadora del deber; b) la no realización de la acción debida; c) El poder de realización respecto de la acción debida.

Pero los delitos de omisión impropia se caracterizan por la posición de garante, que también –coincidiendo con el comentarista– es el núcleo esencial de los delitos impropios de omisión (de otra opinión en cuanto a la unicidad de la posición de garante Kaufmann 1959: 275; Jakobs 1995: 259). La denominada posición de garante, constituye para el sujeto activo, una especial relación respecto a la tutela de bienes jurídicos, a los cuales en virtud de la posición que ha asumido, debe dispensarles cuidado, protección o vigilancia, pero debe tenerse en cuenta que la posición de garante implica únicamente deberes jurídicos y no deberes estrictamente morales, pues ello significaría una amplitud excesiva de la punibilidad (Dall'Anelles, Fernández, Gatgens, 2001: 27).

Entre nosotros, la posición de garante deviene de unos deberes jurídicos, que son impuestos normativamente, de ahí que los mismos deben entenderse taxativos, y su interpretación queda cubierta por el principio de legalidad (Vaquerano Gutierrez, 2002: 259) por lo que debe imperar una intelección restrictiva de las fuentes de donde emana la posición de garantía.

112

Debe acotarse al menos, el origen de la posición de garante, para tener una mayor intelección respecto del presupuesto normativo que utiliza el código penal, así originalmente se distinguió, entre fuentes formales y fuentes materiales (Fuentes de Paz, 2002: 212/215). La sistematización más clásica de la posición de garantía, tiene su fundamento en las denominadas fuentes del deber –teoría formal de las fuentes del deber– para la cual, una omisión se torna antijurídica, cuando el agente tenía en el caso específico, el deber jurídico de actuar para evitar el resultado. De ahí que el deber puede surgir de la ley (deberes amplios de familia) del contrato (en el sentido que obliga a tutelar bienes jurídicos dispuestos para su protección) y la injerencia o previo hacer peligroso; de esos supuestos los mandatos del deber se han extendido a las llamadas “relaciones especiales de comunidad” y a la libre aceptación del riesgo”.

De esta visión formal de fuentes de posición de garante, se ha pasado a la formulación funcional de las fuentes del deber –cuestión que es debatida todavía sin que medie consenso– por las cuales, el fundamento del deber que explica la posición de garante, se sustenta, en la función que corresponde al omisor en relación a la protección del bien jurídico que le corresponde tutelar. De ahí la división que se hace, entre posición de garante por función de vigilancia de una fuente de peligro, en la cual hay indiferencia de los bienes jurídicos tutelados, y lo que importa es el deber de resguardar el peligro que podría originarse de la fuente que debe tutelar el omisor; y la función de protección de un bien jurídico, en cuyo caso el sujeto activo sí está encargado de la protección de

un interés jurídico determinado. A continuación, un breve resumen de lo anterior expone las particularidades de dicha cuestión:

A) Deberes de control sobre específicas fuentes de peligro: Se indica que, quien domina una fuente de peligro, esta constreñido a ejercer control sobre la misma fuente de peligro, de manera que no resulten perjuicios para los bienes jurídicos de los congeneres (manejo de sustancias peligrosas, de animales feroces, de instrumentos de riesgo). En este punto, lo determinante para fundar la cláusula de equivalencia de la omisión con la comisión, será la injerencia no permitida, en la esfera jurídica ajena, por defectuosa organización de quien tiene el dominio de la fuente del peligro, que incluso puede extenderse a terceros que deben vigilarse.

B) Deberes de protección de bienes jurídicos. En estos, el fundamento del deber, radica en los vínculos de deberes naturales, en las relaciones de estrecha comunidad o en la idea de asunción propia de la posición de garante. Por ejemplo los deberes de cuidado entre la familia, siempre que exista una comunidad familiar; los casos de estrecha comunidad, se extiende a casos de relaciones de unidad vitales, en las cuales, se genera una correspondencia de confianza, que implica asunción de deberes mutuos, ante la dependencia que surge de la reciproca asunción, por ejemplo la comunidad de peligros. También se considera, la asunción voluntaria por la cual una persona asume “por su propia cuenta” la protección o a la asistencia de una persona, de ahí que existe asunción, cuando se prometen prestaciones de manera expresa y terminante, o cuando media promesa de asistencia, con lo cual asume los deberes de protección.

113

De lo expuesto, puede considerarse que el código penal, no sigue en toda su extensión las denominadas fuentes funcionales en la posición de garante, sobre todo aquellas que extiende en demasía los ámbitos de protección, por fuera del tenor literal máximo posible, que brinda el precepto en comento conforme al principio de legalidad, de ahí que, la interpretación que se haga de las cláusulas que determinan la posición de garante, debe ser restringida, en virtud de la capacidad amplificadora de la omisión que tiene la virtualidad de imputar delitos dolosos o imprudentes.

La posición de garante que se recepta es la siguiente: 1) obligaciones de cuidado, protección o vigilancia emanadas de la ley. La posición de garante debe surgir de la ley, en virtud del principio de legalidad, el vocablo ley, debe entenderse en su sentido más restringido como ley formal, de ahí que, si la ley impone a una persona obligaciones de tutela, en el sentido de protección de bienes jurídicos de personas, frente a los riesgos que podrían afectarlos, la omisión de tal conducta es posible imputarla comisivamente si se da una completa adecuación a la tipicidad omisiva impropia tanto objetiva como subjetiva. Las obligaciones de cuidado, protección, o vigilancia, se entienden como

deberes que asume el garante. Precisamente, me inclino por una interpretación restrictiva del vocablo “ley”, por que como se verá las otras fuentes de posición de garante, son lo suficientemente flexible para cubrir otras áreas, siempre respetando una interpretación dentro del sentido literal posible.

114

2) El comportamiento precedente creador del riesgo. Esta fuente de garantía, surge del deber que el agente tiene, de resguardar determinadas fuentes de riesgos, creados a partir de su propio actuar precedente, y es conocida como “injerencia”, es decir que ante la creación de una situación de peligro –comportamiento precedente o injerencia– el sujeto debe evitar la concreción del resultado, esta modalidad no es nueva y fundamentó la posición de garante en el sentido de que la provocación de un evento de peligro sustentaba el deber de impedir que aconteciera el resultado (Roxin, 2001: 141/142) Precisamente, la injerencia puede tener diversos matices, dentro de los cuales se reconocen: a) los peligros que se originan de las propias acciones, por lo que un hecho anterior del agente es el que genera el riesgo para el bien jurídico (Bacigalupo, 1989: 239); b) los deberes que surgen de los riesgos creados por otras personas, que se encuentran dentro de la esfera de la influencia del omitente, y que el mismo tiene el deber de controlar; c) los deberes que se originan a partir del control directo que el agente tiene sobre determinadas fuentes de riesgo. Precisamente sobre el control de fuentes de riesgo, vinculado a los “focos” de peligro se informa que los mismos tienen una doble consideración: la primera atañe a los controles de origen, teniéndose en cuenta la conducta del productor del foco de peligro; así como la conducta del distribuidor o supervisor del foco de riesgo. La segunda atañe a la cuestión de los controles posteriores que a su vez contienen: a) Controles permanentes; b) controles periódicos; c) controles facultativos (Durán Ramírez, 2001:14/15). Últimamente se han formulado nuevas tendencias respecto de la injerencia –las cuales deben ser asumidas con recelo– por cuanto extienden de manera amplísima, las relaciones de imputación de la injerencia, así se señala como nuevos ámbitos de la injerencia los modelos de organización (Jakobs, 2000:51/55).

3) La denominada “asunción voluntaria de la posición de garante”, por la cual, el agente asume voluntariamente deberes de protección respecto de bienes jurídicos, haciendo que otras personas, renuncien a la prestación de medidas de protección o de ayuda, en tal caso quien asume ésta función de garantía, debe cumplir con los deberes asumidos de protección respecto de la protección o vigilancia del bien jurídico que asumió tutelar, y ante el incumplimiento se da la transferencia de comisión por omisión.

21

DELITO POLÍTICO Y DELITO COMÚN CONEXO CON DELITO POLÍTICO

Para efectos penales se consideran delitos políticos los relativos al sistema constitucional y a la existencia, seguridad y organización del Estado.

También se consideran delitos políticos los comunes cometidos con fines políticos, excepto los delitos contra la vida y la integridad personal de los jefes de Estado o de Gobierno.

Son delitos comunes conexos con políticos los que tengan relación directa o inmediata con el delito político o sean un medio natural y frecuente de preparar, realizar o favorecer éste.

Dejando a un lado lo que podría ser una definición dogmática de lo que se considere delito político, es indudable que el Código Penal opta por una postura pragmática, refiriéndose a *los bienes jurídicos que se entienden afectados* por los delitos de esta denominación.

115

El Código adopta un criterio mixto al considerar como delito político tanto aquella infracción que lesiona o pone en peligro un bien jurídico al que considera de naturaleza política como la que ha sido realizada con una finalidad política.

Su concreción se halla en los apartados correspondientes del Código; así:

- *Los delitos relativos al sistema constitucional*, en el Capítulo I del Título XVII del Libro II (arts. 340 a 342).
- *Los delitos relativos a la existencia, seguridad y organización del Estado*, en el Título XVIII del Libro II (arts. 350 a 360).

El precepto tiene especial trascendencia si se pone en relación con lo dispuesto en el *art. 28 de la Constitución*, que, haciendo referencia a este tipo de conductas, señala que la extradición no puede estipularse respecto de extranjeros por delitos políticos e incluso, aunque por consecuencia de estos, resultaren delitos comunes.

Aunque la forma en que el Código se refiere taxativamente a qué delitos puedan considerarse de esta naturaleza debiera dar lugar a escasas dudas, no debe dejar de observarse que siempre ha de quedar proscrita la persecución o castigo de una persona por sus meras opiniones políticas, entendiéndose por ello que nunca una infracción cuya esencia radique y se agote en una discrepancia sobre opinión política puede considerarse delito político, por abyectos que sean los móviles que la inspiren.

El precepto establece una relación entre los delitos comunes y los políticos por dos vías: la de la motivación en el actuar y la de la conexidad.

JURISPRUDENCIA.

116 “Los delitos políticos, comunes conexos con políticos y comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte pueden ser amnistiados siempre que no sean a su vez delitos contra la Constitución o contra el orden constitucional, cometidos por funcionarios públicos dentro del período presidencial en el cual se pretende amnistiarlos (...) La asamblea legislativa puede conceder amnistía por los delitos políticos o conexos con éstos o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, siempre que dicha amnistía no impida la protección conservación y defensa –por la vía procesal penal– de los derechos fundamentales de la persona humana. (Inconstitucionalidad, 16-05-00).”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La adenda que se propone, versa primero en señalar la uniformidad de criterio, para definir el delito político –de ahí quizá la razón– de la extensión a los delitos comunes cometidos con fines políticos y los conexos con políticos, sin embargo hay un elemento común que destacar, y es que el delito político se caracteriza por ser una ofensa contra el ordenamiento político del Estado, por ello resulta explicable, la redacción de: “para efectos penales...” con la cual inicia el precepto. Dos criterios se aduce informan la construcción del delito político, uno es de carácter objetivo, mediante el cual sólo es delito político aquellos hechos que aparecen previstos en las normas penales para defensa de la existencia, seguridad u organización del Estado en cuanto institución política. En tanto, el criterio subjetivo se decanta, por los móviles que impulsan a la comisión de delitos con fines políticos sociales, en cuanto al cambio de una estructura política. Dentro de la teoría del delito político se han fijado algunos presupuestos: a) Que los agentes actúen en nombre de una representación tacita del grupo social que defienden según su ideología; b) que siempre constituya un ataque a la organización política del Estado; c) que el sujeto activo obre por principios filosóficos, políticos,

sociales, que condicionan y determinan su conducta; d) que la acción delictiva tenga una finalidad de trascendencia social.

Dentro de las consecuencias que genera la configuración del delito político es: 1) En caso de la extradición pasiva, si se trata de salvadoreños no procede en ningún caso por delito político, ni los delitos comunes que fueran su consecuencia; 2) la concesión de la amnistía, por delitos políticos, o comunes conexos con políticos.

Es importante adherirnos al comentario de que la divergencia o la disidencia política, no constituye un delito político, esencia de la democracia es el pluralismo, por lo que el disenso político debe tener amplios márgenes de tolerancia en la Construcción de un Estado Constitucional, puesto que la formulación del delito político sobre la base de “combatir” a la disidencia, cualquiera que este sea, es signo inequívoco de regímenes autoritarios, lo cual se puede constatar con los modelos punitivos de delito político, en los cuales sólo aquellos regímenes asentados sobre la idea de *autoritas* establecen penas severas para esta clase de delitos (Vásquez Rossi, 1995: 331/332).

22

117

DELITO OFICIAL

Son delitos oficiales aquellos cuya estructura típica requiere del sujeto activo la cualidad específica de ser funcionario o empleado público.

El precepto se refiere a delitos especiales en los que sólo pueden ser sujetos activos (realizadores del tipo) quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley. En este caso la condición especial es la de ser funcionario o empleado público.

En estos delitos se describen conductas que sólo son punibles a título de autor si se realizan por funcionarios o empleados públicos, de modo que los demás que la ejecuten no pueden ser autores.

El *art. 39 del Código*, en sus apartados primero y tercero, establece un *concepto legal* de lo que debe entenderse por funcionario y empleado público. Aunque hay una cierta confusión por el hecho de que el precepto considere a efectos penales como categorías independientes las Autoridades públicas y los Agentes de la autoridad y los Agentes de la Policía Nacional Civil, lo que es indudable es que este artículo ha querido considerar

exclusivamente como delitos oficiales los que tienen los sujetos activos reseñados, apartando de tal categoría los que tengan los otros sujetos activos citados.

Desde un punto de vista procesal, dispone el *art. 95 del Código Procesal Penal* que todo ciudadano o asociación de ciudadanos podrá ejercitar la acción penal como querellante cuando se trate de delitos oficiales.

JURISPRUDENCIA.

“La Carta Magna establece únicamente dos categorías de delitos: Oficiales y comunes; los primeros son aquellos cometidos por funcionarios ya sea civil o militar en el ejercicio de sus atribuciones estatales y son ventilados en un procedimiento especial denominado Antejudio, en cambio los delitos comunes son aquellos cometidos por cualquier persona cuya infracción está penada en leyes ya sea de carácter general o especial que las desarrolle y su procesamiento se lleva a cabo en tribunales creados para tal efecto.

118 “Se identifican con los funcionarios de gobierno en el sentido que ambos tienen poder de decisión frente a los particulares y expresan o ejecutan la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se orienta a la realización de un fin público, lo cual los inviste de cierto carácter representativo. Algunos de ellos gozan de fuero constitucional, en el sentido que para ser juzgado por los delitos oficiales que cometan se necesita previa declaratoria de la Corte Suprema de Justicia que hay lugar a formación de causa. (Amparo, 22-09-00)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

De las consecuencias de la configuración del delito oficial se pueden apostillar: a) La determinación del privilegio de Antejudio, para los funcionario que menciona el artículo 236 por delitos oficiales, por lo cual la acción penal no puede ser ejercida si no se determina formación de causa –art. 17 CP, 30 CPP, 224 N° 2 CPP 381 CPP– ; b) La garantía de antejudio para los jueces de primera instancia, los Gobernadores Departamentales, los jueces de Paz por los delitos oficiales que cometan. Arts. 239 Cn. 382 CPP; c) La responsabilidad de los Concejos Municipales, por los delitos oficiales será ante los jueces de primera instancia; d) obligación de los funcionarios públicos, civiles o militares de denunciar delitos oficiales cometidos por funcionarios o empleados subordinados. Art. 241 Cn; e) La prescripción de los delitos oficiales, inicia desde que el funcionario cesa en las funciones en las cuales ha cometido el delito oficial que se le imputa. Art. 242 Cn en relación con el art. 243 Cn; f) la exclusión del jurado del conocimiento de delitos oficiales conforme al artículo 189 que únicamente le circunscribe el conocimiento de delitos comunes.

Un punto a importante a considerar es, la regulación que el artículo en comento hace del delito oficial, en el sentido de incluir únicamente a funcionarios o empleados públicos, lo cual tiene trascendencia sistemática, por que en otro precepto penal –el artículo 39 CP– se establecen para efectos penales, los conceptos relativos a personas vinculadas al ejercicio de potestades o labores dentro del Estado. El punto es medular, por que mientras los empleados públicos, que no tienen derecho a antejuicio, son incluidos en el delito oficial, los jueces de primera instancia, así como los jueces de paz y gobernadores, que si están regidos por el procedimiento de antejuicio sólo para delitos oficiales, según mandato constitucional se encuentran excluidos del precepto del artículo 22 CP.

Ante tal situación debe considerarse, que la Constitución es norma primaria y no esta subordinada a ninguna norma secundaria que la contrarie, y que la fuerza normativa de la constitución, se impone por ende ante normas de carácter infra-constitucional, de ahí que, el artículo 22 CP no puede contrariar lo que ha dispuesto el artículo 239 Cn; en tal sentido, se propone aquí una interpretación conforme con la Constitución, por lo que, todos aquellos delitos, que requieran en su estructura típica, la calidad de ser el autor una autoridad pública, cuando dicha calidad sea compatible con los jueces de primera instancia o de paz, el delito que se comete adquiere la calidad de oficial; ello en todo caso, por que así lo manda el artículo 239 Cn; y por ejemplo el prevaricato que requiere la calidad única de ser juez, constituye por antonomasia un delito oficial. La intelección aquí propuesta, no riñe con el principio de legalidad, puesto que el antejuicio, esta dispuesto como una especie de mecanismo de protección de la función que se desarrolla, ante acusaciones infundadas, de ahí que, la interpretación no redunde en perjuicio y además –que es lo más importante– cumple con el precepto de la Constitución, y es que la determinación del delito oficial, tiene dos cuestiones esenciales; una, el sometimiento al régimen especial de antejuicio; dos la exclusión del conocimiento del jurado de los delitos oficiales.

119

Si es bueno acotar, que delito oficial no significa *per se*, delito cometido por un autor con calidades especiales propias, el delito oficial se estructura, a partir de los requerimientos que la propia Constitución impone, en los artículos 236 y 239; en cambio las calidades especiales de autor, son propios de la dogmática penal, y pueden recaer en una persona que desarrolle una función del Estado, como en otras personas, que sean ajenas a dicha actividad. De ahí que, se pueda decir que todo delito oficial, requiere de una calidad especial del autor, pero que no toda calidad especial en el autor, convierte el hecho en un delito oficial, puesto que, esto último lo ha determinado la Constitución en atención a ciertos funcionarios o autoridades del Estado.

22-A

CRIMEN ORGANIZADO

Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un conjunto de personas dedicadas a mantener una estructura jerarquizada, con el propósito de planificar y ejecutar hechos antijurídicos con la finalidad de lucrarse con bienes y servicios ilegales o realizar actividades de terrorismo.

También se considerará crimen organizado aquellas conductas que por sí o unidas a otras, cometidas por dos o más personas, tienen como fin o resultado cometer los delitos de homicidio, homicidio agravado, privación de libertad, secuestro, robo, robo agravado, extorsión, asociaciones ilícitas, falsificación o alteración de moneda, actos de terrorismo, comercio de personas, contrabando, lavado de dinero y activos, tráfico, fabricación y comercio ilegal de armas de fuego, y los comprendidos en el Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas. (13)

120

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La adición de la reforma, respecto a considerar el fenómeno del crimen organizado, es una cuestión actual, pero a su vez sumamente compleja, desde una primera aproximación la forma de configurarlo –en mi opinión– no ha sido la más feliz, por que para parafrasear a un connotado autor, dicha redacción “peca por defecto” en su inciso primero y “peca por exceso” en su inciso segundo”. Sin embargo, el inciso primero no obstante las limitaciones de que adolece, sirve para hacer una aproximación a la realidad del crimen organizado. Pero debe tenerse en cuenta que sobre el fenómeno de la criminalidad organizada, existe una especie de “tentación” en reducir todos los fenómenos de la criminalidad a la misma, sobre todo de aquella criminalidad marginal, lo cual la vuelve precisamente disfuncional el concepto de crimen organizado, y encubre los verdaderos ámbitos de la criminalidad organizada, de ahí que, se pueda incurrir en excesos conceptuales (Zaffaroni, 2001: 9/11) como los que refleja el inciso segundo del precepto; es por ello que, aunque la criminalidad organizada sea un fenómeno actual, ello no supone la habilitación de exacerbación de los fines simbólicos del derecho penal, por cuanto ello significa, desmedro de garantías, con poca efectividad (Chirino Sánchez, 2002: 13/14) de ahí que, debe mantenerse el balance racional entre eficiencias y garantías como un límite propio del Estado Constitucional, por tal razón, el derecho

penal no puede ser construido sobre la base de un derecho penal para enemigos sino para ciudadanos.

Una conceptualización de la criminalidad organizada es compleja, puesto que la dimensión del fenómeno, presenta un marco bastante “poroso” por ejemplo la doctrina distingue dentro de este prototipo de la criminalidad organizada: a) organizaciones mafiosas; b) organizaciones criminales sensiblemente mafiosas; c) organizaciones criminales funcionalmente mafiosas; d) organizaciones criminales ambiguamente constituidas que fundamentalmente persiguen fines económicos (Herrero Herrero 1997: 484).

El panorama bastante nebuloso, que presenta el ámbito de la criminalidad organizada, requiere de algunas precisiones, la primera de ellas es compatible con diferenciar entre un concepto amplio de criminalidad organizada y un concepto restringido de criminalidad organizada (Virgolini, 2001: 46/49). Así crimen organizado, en sentido amplio se refiere a la criminalidad de empresa, la cual comprende todas aquellas actividades, que se desarrollan en relación a las actividades empresariales, constituyendo lo que se conoce como “derecho penal económico”, se trata aquí de la criminalidad en la empresa (Terradillos Basoco, 2001: 97). Por otra parte, un enfoque en sentido estricto de criminalidad organizada, indica que la misma esta constituida por organizaciones criminales, que tienen unas características especiales, que la diferencian de la criminalidad convencional, siendo su finalidad la de cometer masificadamente conductas delictivas homogéneas o heterogéneas; de ahí, la connotación que se le da a la criminalidad organizada estricta como la de “criminalidad como empresa”; aunque para ello, perfectamente puede utilizarse la “empresa” como sucede con la nuevas modalidades de criminalidad; en razón de ello se distingue, de criminalidad contra la empresa, la criminalidad desde la empresa (Mazzacuva, 2001:189/198).

121

Punto fundamental de la criminalidad organizada, es el criterio que la distingue, el cual radica en la “organización”; sin este presupuesto, no puede haber crimen organizado, pero este no es un concepto rudimentario, que se homologue a la reunión o la planificación, o a la puesta en común en el delito, o la participación plural de personas; estos niveles “primarios” de organización no son compatibles con la noción que constituye la verdadera criminalidad organizada. La organización en materia del crimen organizado, requiere de una cierta complejidad, que la diferencia claramente de las asociaciones criminales (Insolera, 2001: 96/97) de ahí que, la criminalidad organizada pueda presentar diferentes niveles, dependiendo de los requerimientos en los cuales se desarrolle; así, puede constituir una organización criminal con alcance transnacional o solamente nacional; puede tener como finalidad la especialización en un rubro de la criminalidad –criminalidad unidireccional– o puede tener por objeto diversas ámbitos de la criminalidad

–criminalidad multidisciplinar– ; puede asumir un modelo único de asociatividad, o un modelo integrado de asociatividad; puede construir un modelo uni-vertical de organización, o un modelo pluri-horizontal de organización. Como se nota, la breve reseña apenas esbozada, determina la complejidad organizativa, en la cual se estructura una organización criminal en sentido estricto.

122

La estructura de criminalidad organizada en el sentido de empresa criminal, es decir de organización para cometer delitos, requiere que concurren los siguientes parámetros sin los cuales, es difícil entender una organización criminal en estricto sentido: a) la actividad de un centro de poder en la organización, en el cual se toman las decisiones de orientación criminal, que hacer, como hacer, quien va hacer, pero a nivel de grandes directrices; b) distintos de niveles de jerarquía en la actuación de la empresa criminal bien diferenciados, desde la jerarquía hasta los ejecutores y proveedores; sin embargo, los niveles de jerarquía no tienen una interacción directa, sino sectorial, con lo cual, se desconoce por los ámbitos de menor jerarquía, la totalidad de los planes, conociéndose sólo el área que les toca desarrollar; c) Utilización de tecnología “de punta” y una amplia logística, índices elevados de profesionalidad en las áreas a desarrollar; d) fungibilidad absoluta de los miembros que integran la estructura criminal en las áreas inferiores; anonimato internivelario para los miembros de las cúpulas. Mientras en la cúpula se tiende a la estabilidad, en los niveles inferiores se tiende a la renovación por inclusión; e) nivel de obediencia altamente potenciado, y correspondencia disciplinaria al cumplimiento de órdenes; f) transnacionalidad y corporatividad en el crimen internacional; g) apariencia de legalidad e infiltración en los centros financieros; h) vinculación con centros de poder estatal de mediana y larga entidad.

Es oportuno citar, que cada sector especializado del crimen, presentara sus propias características a nivel de organización criminal, sólo para detallar un ejemplo, es apropiada la cita que hace Joshi sobre las características de la organización criminal en materia de delitos relacionados al tráfico de drogas: “a) existencia de una seria planificación y preparación del hecho criminal...; b) la ejecución del hecho será realizada por profesionales altamente cualificados...; c) las ganancias obtenidas se intentan introducir mediante el blanqueo de dinero en la economía legal; d) los grupos mantienen vínculos supraregionales; e) estructuración fuertemente jerarquizada; f) Gran poder corruptor; g) ámbitos de actuación del más diverso tipo; h) actitud criminal de grupos”. (Joshi Jubert 1998: 199/200).

De lo anterior, es posible resumir las características que ostenta en general la criminalidad organizada, indicándose que alguna puede o no concurrir, pero atendiendo a las necesidades de la propia empresa criminal, así por ejemplo la transnacionalidad, empero deben de presentarse la mayoría de presupuestos que son los que a continuación se

detallan: I) organización criminal con cúpula de mando; II) Jerarquización estratificada; III) especialización en una o diversas áreas de la criminalidad, finalidad permanente de ejecución delictiva; IV) objetivos de lucro en áreas financieras o de dominación política; V) utilización de una sofisticada logística; VI) Transnacionalidad y organización criminal internacional; VII) Altos niveles de disciplina y obediencia; VIII) fungibilidad de miembros inferiores, distribución de roles; IX) gran capacidad de corrupción; X) Vinculación con centros de poder estatal; XI) sentido de pertenencia de los miembros a la organización.

De lo anterior, debe distinguirse ya que la criminalidad organizada, debe ser pulcramente distinguida de la criminalidad asociada, y de la coautoría sea esta material o funcional, puesto que estas formas de pluralidad criminal, se ven desbordadas por la complejidad de la criminalidad organizada, de ahí que, en estos casos debe hacerse una interpretación restrictiva, puesto que, ni las asociaciones delictivas ni la coautoría o la participación plural en el delito, importan criminalidad organizada.

La criminalidad asociada, comparte algunos elementos de la estructura de la criminalidad organizada, pero no con la intensidad, ni con la extensión de la empresa criminal. En cuanto a los elementos comunes de la criminalidad asociada se cita: a) organización; b) sentido de pertenencia del sujeto a la asociación; c) Jerarquía; d) distribución de roles; e) objetivos delictivos generales; f) uso meridiano de logística; g) sentido de permanencia de la asociación. En cambio la coautoría funcional o la codelinencia, solo asumen mínimos niveles de organización, fundamentados en el reparto de roles para la ejecución del delito. De ahí que no se puedan hacer analogía respecto de la criminalidad organizada, la criminalidad asociada y la coautoría; tampoco corresponde confundir criminalidad organizada y “criminalidad de masas”; por cuanto estas confusiones únicamente potencian el encubrimiento de la verdadera criminalidad organizada (Hassamer, 2001, 4); en virtud de lo mismo, debe reafirmarse que el precepto en comento, debe interpretarse en un sentido restrictivo, puesto que depara algunas limitaciones a derechos fundamentales, cuya legitimidad no corresponde analizar en este apartado.

Del examen del precepto que acuña la figura de crimen organizado, resultan algunas inconsistencias, por ejemplo se alude al término “forma de delincuencia” que es sumamente indeterminado, cuando lo oportuno hubiese sido vincularlo a una organización, con determinadas características; también la noción de hecho ilícito, no es precisa, puesto que el ilícito es común a todo el ordenamiento jurídico; se dejan por fuera características propias del crimen organizado que son vitales para enfrentar efectivamente este tipo de criminalidad. Sin embargo, haciendo un esfuerzo y mediante una reducción restrictiva del precepto pueden configurarse los presupuestos que aplican de *lege lata* : 1) De el elemento “conjunto de personas”, pueden extraerse la organización

criminal, y dotarla de contenido con las características que se han mencionado *supra* para no manejar un concepto extensivo de organización; 2) del elemento “a mantener una estructura jerarquizada” puede dotarse de un contenido restrictivo en el sentido de exigir, una cúpula, estructura permanente, fungible, disciplinada, distribución de roles, sentido de pertenencia ; 3) Del elemento “con el propósito de planificar y ejecutar hechos ilícitos”, puede colmarse el aspecto de finalidad de ejecución delictiva y de especialización delictiva; 4) Del elemento “finalidad de lucrarse con bienes y servicios ilegales” se puede obtener los presupuestos de gran capacidad de corrupción y utilización de extensa logística; 5) el último elemento es diferenciador, y de una finalidad lucrativa y de poder, se pasa a una finalidad organizativa para cometer actividades de terrorismo, que también es una forma de criminalidad organizada pero con otras características especiales.

124

El inciso segundo, de infausta creación –pierde toda racionalidad– puesto que homóloga el crimen organizado, inclusive con la coautoría, al ceñir la consideración de organización criminal a dos personas, lo cual es completamente disfuncional con la configuración de la criminalidad organizada; de igual manera, es completamente disfuncional vincular la criminalidad organizada a un régimen de delitos, como el que prescribe el código penal, inclusive –de manera insólita– el de “asociaciones ilícitas”. Para no hacer disfuncional la figura de crimen organizado, debe respetarse la estructura del precepto que se consideró en el inciso primero, y entender que los delitos mencionados deben ser cometidos no por dos o más personas, sino por una estructura criminal que debe reunir las características del crimen organizado, de lo contrario el precepto deviene en excesivo en cuanto a su contenido, vale decir, es desproporcional y además por su generalidad llevaría a transgredir el principio de certeza. Un último aspecto de eficacia para enfrentar el fenómeno de la criminalidad organizada, es no sólo recurrir a la prevención normativa, sino fortalecer y potenciar la prevención técnica (Hassemer, 2001: 4/6).

Conviene ahora examinar otros tópicos que son consecuencia de la aplicación de la figura del crimen organizado: a) Si el crimen organizado es de manera patente una organización ilícita, la excepción del régimen de libertad condicional, es una de las consecuencias que se manifiesta, en tal sentido quienes fueran condenados por delitos en los cuales se hubiese actuado mediante criminalidad organizada, estarían por fuera de que se les concediera la libertad condicional, cuestión diferente, es si ello es legítimo; b) El sometimiento a un régimen especial de prisión en aislamiento en virtud de lo establecido en el artículo 45 N°1 que hace un reenvío “a los casos previstos por la ley” siendo que el artículo 103 de la Ley penitenciaria, asocia a los delitos cometidos bajo la forma de criminalidad organizada, la aplicación del régimen especial, lo cual es independiente a la conformidad con la constitución de una normas de tal calada de intervención punitiva; c) Modificación a la competencia territorial funcional de los jueces

de paz, cuando el hecho sea cometido con visos fundados de una actividad de criminalidad organizada, por lo cual conocerán los jueces de Paz de la Cabecera Departamental, art. 59 inciso final CPP; d) Modificación de la competencia en cuanto al conocimiento de delitos bajo la forma de crimen organizado son de exclusiva competencia de los tribunales de sentencia, art. 53 N° 9 CPP; e) necesidad de los anticipos de prueba en casos de criminalidad organizada, art. 270 inciso 5 CPP; e) en el delito de fraudes a las comunicaciones la concurrencia de una agravante especial, al destinar el uso de comunicaciones a la realización de delitos por crimen organizado, art. 238-A CP. Como se nota, las consecuencias de la aplicación de la norma de crimen organizado, puede generar diversas consecuencias, por lo que se requiere una interpretación restrictiva del precepto, de lo contrario podría llegarse a cuestiones disfuncionales como por ejemplo, entender que un homicidio cometido en coautoría, es una actividad de crimen organizado, cuando esa figura es completamente incompatible con las cuestiones de la criminalidad organizada, cuando se comete en tal forma de participación en el delito. Por último debe señalarse que de *lege ferenda* el actuar bajo la estructura de criminalidad organizada lo que constituye es una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, por cuanto constituye una agravante (Joshi Juver, 1998:193/195) y tal opción parece viable desde fines sistemáticos, pero tal opción no fue acogida por el legisferante.

23

PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN

Existe proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo.

Hay conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

La proposición y la conspiración sólo son sancionadas en los casos expresamente establecidos en éste Código.

El precepto recoge la proposición y conspiración como *actos preparatorios punibles*, pero no castigables con carácter general en cualquier clase de delito, sino, como dice el último párrafo, *sólo cuando expresamente así esté establecido*.

Estos actos se castigan en atención a la peligrosidad que en ocasiones supone la implicación de otras personas en el proyecto criminal.

Son formas de codelincuencia en las que cabe la posibilidad de apreciar circunstancias excluyentes y modificativas de la responsabilidad criminal en referencia al momento del acto preparatorio.

Como es lógico, estos actos pierden su relevancia y autonomía si quienes en ellos intervienen pasan a ejecutar el delito, que entonces absorbe estos prolegómenos.

La proposición

Esta figura parte de la *firme decisión de que se cometa el delito por parte de quien lo propone*, el cual no necesariamente tiene intención de integrarse en la empresa delictiva, de ahí que el precepto recoja dos posibilidades: su integración en la misma, coadyuvándole los otros, o que sean estos quienes exclusivamente lleven a cabo la conducta.

126 Resulta intrascendente que el destinatario acepte la invitación que se le hace y, de hecho, tal aceptación daría lugar, las más de las veces, a la aparición de la figura de la conspiración.

La proposición no puede ser genérica o equívoca, sino claramente consistente en la *invitación a ejecutar un delito*. De ello -y de la forma limitada en la que el Código quiere su punición- se deriva que deba postularse una *interpretación restrictiva* de los supuestos que deben entenderse incluidos en el ámbito penal de la proposición delictiva.

La conspiración

Surge esta figura de varios *elementos*:

- La unión de voluntades.
- La orientación de todas al mismo hecho.
- La firme decisión en cada sujeto de ejecutarlo como coautor, lo que se plasma en un plan concreto.

- La actuación dolosa de los concertados, lo que se traduce en una actuación inequívoca, precisa y concreta que vaya más allá de las meras suposiciones, con una realidad material que evidencie la voluntad de los sujetos.
- La viabilidad del proyecto criminal, de modo que se excluyen proyectos que carecen de cualquier posibilidad de ser llevados a cabo.

No todos los delitos son susceptibles de esta forma de aparición, sino sólo aquellos en los que sea posible la actuación grupal de los conspiradores.

De igual forma, no cualquier persona es susceptible de integrarse en una figura de conspiración, sino sólo quien reúna en sí las condiciones necesarias para ser autor del delito proyectado.

También en este caso debe actuarse con una *interpretación restrictiva* y exigente con la concurrencia de los requisitos antedichos, analizando las intenciones anímicas de los intervinientes, acudiendo a cuantas circunstancias concurrentes permitan formar un juicio exacto.

Cuando del concierto se pasa a *vías ulteriores de realización de la acción*, tales ejecuciones lo absorben, siendo el más habitual de los supuestos fronterizos el de la tentativa, que surge cuando ya se practica algún acto perteneciente al núcleo de la acción tipificada penalmente o en conexión con la misma, mientras que en la conspiración no se realiza ningún acto ejecutivo del delito.

127

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Debe considerarse primero, el carácter extraordinario de la criminalización de la proposición y de la conspiración, su punibilidad les viene marcada únicamente cuando se configuren como tipos penales autónomos, pero debe hacerse énfasis que esta forma de criminalización de conductas, debe ser excepcionalísima, puesto que en relación con ellas se encuentran los principios de intervención mínima y lesividad del bien jurídico. Resulta legítima —entonces— la punición de la proposición y la conspiración, si la misma es sólo a título extraordinario y mediante penas proporcionadas a la entidad de peligro del bien jurídico. Si se nota, en la formulación del *inter-criminis*, la proposición y conspiración aparecen en la fase intermedia, como resoluciones manifestadas, y se ubican previamente a los actos preparatorios punibles, consistiendo en la comunicación que uno o más sujeto hacen a otro u otros, de la decisión de cometer delitos, se dividen en proposición conspiración y provocación, el ordenamiento salvadoreño sólo admite las dos primeras.

La proposición, consiste en la exteriorización de la propia decisión para cometer un delito y de la solicitud a una o más personas para que participen en su realización; de ahí que, el sujeto realice una actividad de convencimiento a otro para que cometa un delito, sin que el delito se cometa. Por ello se ha estimado por la doctrina, que la provocación es una especie de instigación frustrada. Se requieren como requisitos de la proposición: a) resolución del provocador para cometer un delito determinado; b) solicitud expresa a persona o personas determinadas para que ejecuten el delito; c) la conducta tiene que ser dolosa.; d) no ejecución del delito, por cuanto si se inicia la ejecución, la proposición es absorbida por la tentativa.

128 En cambio la conspiración, se constituye por el acuerdo de dos o más personas, para ejecutar un delito. El acuerdo para delinquir, no requiere que se haga a nivel de coautoría, sino que puede estar referido a que uno o algunos de los concertados intervengan en el delito como cómplices. Se ha señalado que la conspiración en su estructura, es asimilable a una coautoría anticipada, en el sentido que hay una concertación y posterior resolución para delinquir, por lo que siendo una figura análoga debe regirse también por los parámetros de que el conspirador debe reunir las calidades especiales que tendría el coautor anticipado; y de igual manera rigen las normas del desistimiento, por lo que, si los concertados deciden por su propia voluntad ya no seguir con el plan criminal, el hecho se deviene en impune. Los requisitos para la conspiración serán: a) Concierto de dos o mas personas determinadas para cometer un delito cierto y determinado; b) resolución de ejecutar el delito determinado; c) la conducta tiene que ser dolosa; d) no debe mediar inicio de ejecución del delito, por que si este ocurre absorbe la conspiración. De manera importante la doctrina señala que para el delito conspirado deben concurrir los siguientes elementos: 1) concurrencia de dos o mas personas; 2) unión o concierto de voluntades; 3) orientación de todos al mismo hecho; 4) decisión firme de ejecutarlo plasmado además en un plan concreto ya acabado; 5) actuación dolosa de cada conspirador; 6) Viabilidad del proyecto. Este último requisito es importante a fin de no caer en el absurdo de castigar por conspiración a individuos que no tenían posibilidad alguna de llevar a cabo su plan. (San José Arango, 2001, 96).

Los delitos de proposición y conspiración tienen su fundamento en la denominada "criminalización en un estadio anterior, o en las avanzadas de la lesión de un bien jurídico (Arce Viquez/Chirino 2000: 4) el fundamento de dichas opciones de criminalización, es extender la tutela penal hacia espacios que tienden a preparar el delito aunque sea de manera remota, pero debe tenerse en cuenta que esta forma de tutela, no es legítima de cualquier bien jurídico, sino sólo de aquellos que por su importancia requieren una tutela reforzada, por ejemplo la vida, sin embargo debe considerarse ello como extraordinario y debe también considerarse que la punición debe estar acorde al peligro lejano para el objeto de tutela. Precisamente, este aspecto

es esencial para considerar, que de acuerdo al principio de proporcionalidad de penas y al principio de lesividad, ambos de rango constitucional, la sanción penal que se señale para estas formas de resoluciones manifestadas, debe ser mínima y debe respetar, no sólo por sistemática sino por la primacía de los principios anteriores –al cual se vincula además el principio de culpabilidad– los límites de otros institutos penales, como la tentativa y el delito consumado.

De ahí que, la proposición y conspiración cuando adoptan la modalidad de delito autónomo, no pueden tener límites que coincidan ni siquiera con el mínimo del delito tentado, es decir la penalidad de la provocación y la conspiración, debe estar por debajo del límite de la tentativa, y es que, las primeras se corresponden a un peligro remoto para el bien jurídico –tan distante que es previa a los actos preparatorios– mientras que la tentativa, es un inicio de ejecución, que genera ya un peligro concreto para los intereses vitales, ello es así, en virtud del principio de diferenciación en los ámbitos externos de la configuración típica, que estatuye el principio de culpabilidad en materia de proporcionalidad de penas, el cual establece que, las penas del delito consumado, deben ser diferentes a las del delito imperfecto en cuanto a sus límites mínimos y máximos; y de igual manera las penas de la tentativa, no deben ser coincidentes en sus límites respecto de las penas que tengan asignadas la conspiración y la provocación en delitos de la misma naturaleza.

129

Si no se guarda esa simetría, hay una clara violación de los principios aludidos. En nuestro caso, la criminalización de la proposición y conspiración para los delitos de homicidio agravado, robo, robo agravado, extorsión y conducción de mercaderías de dudosa procedencia, entrañan esta desproporcionalidad, que altera la esencia de los principios aludidos. Conviene aquí destacar la opinión del Instituto Interamericano de Derechos Humanos que refiriéndose a la punición de los actos preparatorios, que inclusive son posteriores a las resoluciones manifestadas tiene dicho: “el delito se convierte en un mero signo de voluntad contraria a la ley pasa a segundo plano su naturaleza de lesión al derecho. Se trata de una variable idealista de la teoría del acto sintomático, que lleva a la punición de la voluntad revelada con el acto inequívoco. Nuevamente se quiebra el dique que separa la moral del derecho y el Estado asume el papel de director ético de las personas, se convierte en un estado ético” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986: 67)

24

DELITO IMPERFECTO O TENTADO

Hay delito imperfecto o tentado, cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente.

Tradicionalmente, el hecho de que la tentativa esté penalmente castigada ha sido justificado desde varios puntos de vista: bien en atención a la puesta en peligro del bien jurídico protegido con los actos realizados por el sujeto, bien por el reproche que supone la exteriorizada voluntad lesiva del mismo.

130 La tentativa *no es posible en todos los delitos*, ya que algunos de ellos (delitos de mera actividad) tienen un tipo que sólo define una actividad sin requerir resultado alguno; es pues en los delitos de resultado donde la tentativa tiene su razón de ser, toda vez que la actividad previa a la producción del resultado puede descomponerse en una o varias acciones antes de llegar al mismo.

La regulación del Código ha prescindido de la tradicional distinción entre tentativa y frustración, por lo que el concepto de tentativa se extiende a todo el proceso de ejecución, desde que se inicia hasta que termina sin consumarse.

La tentativa, que consiste en la realización de actos subjetiva y objetivamente encaminados a la plena realización del delito, sin que éste llegue a producirse, se integra pues por los siguientes *elementos*:

- Una ejecución parcial o total no seguida de consumación.
- La resolución de consumir el delito, lo que significa que el autor quiere los actos que realiza con intención de consumir el hecho.
- La ausencia de un desistimiento voluntario (ver art. 26 del Código).

Los actos que se llevan a cabo deben ser *directos o apropiados* para la producción del resultado, lo que sirve para excluir de la tentativa los actos “equivocos”. No hay reglas apriorísticas que permitan deslindar sin dudas los actos directos o apropiados de los que no lo son, por lo que habrá que recurrir a cómo cada precepto penal define la

ejecución típica y desde ahí valorar la actuación material para ver si cumple los requisitos que alternativamente se enumeran; tener en cuenta cuál sea el verbo nuclear del tipo penal o el bien jurídico protegido en el mismo coadyuvará a despejar el dilema.

Sin duda, un *acto directo* es aquél que ya forma parte de la realización típica, mientras que su adecuación debe ser tomada en cuenta bajo el prisma de la idoneidad para la producción del resultado.

Si el límite superior de la tentativa lo constituye el delito consumado, el límite inferior está integrado por los *actos preparatorios*, de los que ésta figura debe distinguirse. Tampoco en este caso la tarea es fácil ante la posibilidad de actos equívocos y teniendo en cuenta que cada autor tiene su particular forma de trazar el plan de actuación, por lo que no siempre será fácil discernir cuándo ha comenzado la ejecución; el hecho de que exista una definición legal de la proposición y conspiración y las notas antedichas para tratar de discernir qué actos son directos o apropiados para la producción del resultado serán los factores que aquí se tengan en cuenta.

Puede pues concluirse la fijación de las siguientes *reglas de actuación, que sirven tanto para deslindar el acto preparatorio de la tentativa como para determinar el carácter directo o apropiado de un acto para ser tenido como tentativa*:

131

1. Debe tomarse en consideración el plan del autor.
2. La tentativa ha comenzado si ya se ha puesto en peligro el bien jurídico porque el autor se haya introducido en la esfera de protección de la víctima o haya actuado sobre el objeto protegido.
3. Hay tentativa cuando se ejecuta un acto inmediatamente anterior a la plena realización de todos o alguno de los elementos del tipo, lo que exige un grado de cercanía temporal entre la acción realizada y la consumación.

El *art. 68 del Código* establece la *penalidad de la tentativa* con una consecuencia que no necesariamente comporta la necesidad de que la pena correspondiente al delito consumado se vea degradada por su imperfecta ejecución, lo que hace que el Código responda a la filosofía de que no necesariamente la imperfecta ejecución del hecho supone menor reproche penal que su ejecución misma, ya que la peligrosidad del sujeto se evidencia de la misma forma en la secuencia criminal que concluye y no termina por causas ajenas a su voluntad.

JURISPRUDENCIA.

"Esta Sala estima que de conformidad al Art.24 Pn.: "Hay delito imperfecto o tentado, cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente". Tal concepto guarda concordancia con lo sustentado por la doctrina según la cual existe tentativa cuando el autor del hecho "da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento". De lo expuesto se extraen como elementos del delito tentado: 1) El comienzo de la ejecución del delito, lo cual significa traspasar la frontera de los actos preparatorios a los actos ejecutivos; 2) Tal inicio de ejecución debe ser con el fin de perpetrar un delito, por lo cual se advierte que debe haber conocimiento y voluntad de un delito determinado, por lo cual se requiere una conducta propiamente dolosa; 3) que los actos para lograr la ejecución y la consumación sean directos y apropiados; y 4) que no obstante esa propiedad y primariedad de los actos no se logre la consumación por causas extrañas al agente. (Casación, 27-11-02)"

132

"La tentativa entonces tiene una doble fundamentación, la primera aparece sustentada por el dolo (la concreta voluntad de obtener un resultado afectante de un bien jurídico); y la segunda en la exteriorización de ese dolo. Por regla general, la Tentativa, siempre y cuando sea idónea, es punible, de acuerdo a nuestro ordenamiento legal; en consecuencia, es susceptible de ser reprimida con la imposición de una sanción penal conforme a lo establecido en el Art.68 Pn.. Haciendo eco de determinadas corrientes del pensamiento jurídico que postulan que la conducta consumada y la intentada son acreedoras del mismo reproche punitivo en tanto que demuestran similar peligrosidad y reprochabilidad en el sujeto activo del delito, quien no ha visto consumada su acción por circunstancias ajenas a su pretensión, sin que por ello deba verse -favorecido, el Código desarrolla una regla de tal amplitud que permite que la conducta consumada y la intentada puedan ser objeto de reproche de similar trascendencia. (Casación, 14-05-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

En ese orden de ideas, de acuerdo al grado de realización del tipo penal, se distingue entre consumación y tentativa, siendo ésta denominada por la doctrina "Dispositivo Amplificador del Tipo", por cuanto se refiere una de las fases de ejecución del delito, revistiendo por ello una importancia fundamental par la interpretación y aplicación práctica del Derecho Penal. Mientras que en la consumación se alcanza la perfección

de la conducta descrita como punible, es decir, que el autor ha realizado su voluntad de acuerdo al plan que previó, no concurre lo mismo con la tentativa, en donde, a pesar de la puesta en marcha del plan, el hecho no se consuma por causas independientes de la voluntad del autor. En virtud de la existencia de éste dispositivo amplificador del tipo puede plantearse una división entre tipos autónomos y tipos subordinados, según la terminología del autor Ernest Von Beling. Son autónomos los tipos penales que se rigen por sí mismos dentro de un marco penal determinado, por ejemplo: el homicidio. La autonomía de estos tipos está referida a la realización del tipo objetivo; es decir, para que se consideren autónomos, precisan de su consumación. Son subordinados aquellos tipos que en conjunción con otros, dan lugar a figuras delictivas accesorias. Esta subordinación obedece a que el comportamiento del autor, aún logrando el tipo subjetivo, no realiza el tipo objetivo, tales son los casos de las figuras imperfectas en su consumación.

Los elementos que constituyen la tentativa se corresponden a: 1) inicio de ejecución doloso; 2) que el comienzo de esa ejecución sea para realizar un delito determinado, por lo cual se requiere una conducta dolosa; 3) realización de actos directos o apropiados para la ejecución; 4) no consumación del hecho por causas extrañas al agente.

Por último es oportuno acotar, que fundamento esencial de la tentativa, ha sido distinguir entre los actos preparatorio y los actos de ejecución, siendo que precisamente en esos ámbitos han discurrido la formulación de diferentes teorías que han pretendido fundamentar la tentativa, siendo ello un aspecto demasiado extenso conviene aquí únicamente citarlas: a) la teoría de la univocidad –Carrara– que señala que mientras los actos preparatorios son equívocos, los actos ejecutivos son unívocos; b) La teoría formal objetiva –Liszt– que señala que la ejecución constituye la realización del núcleo del tipo penal o con palabras propias del profesor de Berlín cuando “la manifestación de la voluntad dirigida a la producción del resultado (es decir emprendida en la creencia de que el resultado sobrevendrá) queda sin efecto” (Liszt, 1929: 3); c) Teorías materiales objetivas que en su más avanzada formulación señalan como criterio rector, la puesta en peligro del bien jurídico respecto de la acción ejecutada (Stratenwerth, 1982: 205); d) Teoría individual-objetiva –que supera las teorías meramente subjetivas– por la cual se formulan de manera sincrética, criterios de naturaleza objetiva tanto en su vertiente formal –vinculación al tipo penal– como de índole material –de intermediación al tipo penal–; pero a su vez añade criterios de carácter subjetivo –como el plan del autor– que permite configurar la tentativa desde la representación del autor, pero teniendo en cuenta –como límite– su cercana vinculación a la realización del tipo penal, es por ello que se señala que: “mediante el elemento de dar principio directamente a la realización del tipo se pretende aproximar la tentativa “hasta el límite mismo de la acción típica”. Las

acciones de la tentativa sólo son, por consiguiente sucesos “que se encuentren situados inmediatamente antes de la realización de un elemento del tipo” (Jescheck, 1993: 470).

25

DELITO IMPOSIBLE

No es punible el delito imperfecto o tentado cuando fuere absolutamente imposible la consumación del mismo, por falta de idoneidad del medio empleado, del sujeto que realiza la acción o por inexistencia del objeto.

No hay delito imposible en los casos de operaciones policiales autorizadas por escrito por el señor Fiscal General de la República, en que se alteren algunas de las circunstancias reales, los objetos, existencia o calidades de los sujetos, necesarios para la consumación. (11)

- 134** Cuando en el anterior artículo nos referíamos a que había que recurrir a cómo cada precepto penal definía la ejecución típica a fin de determinar si un acto era apropiado o directo para producir el resultado, estábamos llegando implícitamente a la conclusión de que no hay desvalor -y por tanto, trascendencia penal- en *comportamientos inadecuados para llevar a la realización del tipo*.

Lo que aquí se *define* como delito imposible recoge en realidad *dos situaciones distintas*, que, no obstante, tienen un arranque común en el hecho de *que se comienza la ejecución de una infracción a través de actos que encajan en una tipología delictiva*, poniéndose de relieve la peligrosidad del bien protegido:

- a) Bien por la *inidoneidad del medio empleado*, bien por la *inidoneidad del sujeto actuante*, el proceso causal que se emprende es inadecuado para la producción del tipo.
- b) Aun siendo adecuados los actos realizados, el delito no puede producirse porque *no existe objeto*.

Si en el caso de la inexistencia de objeto ello se afirma en términos rotundos, es decir, el objeto existe o no existe, sin posibilidad de categorías intermedias, no sucede lo mismo en el primer supuesto, donde el *juicio de idoneidad del sujeto o del objeto* puede presentar más variables, pudiendo hablarse de inidoneidad relativa o absoluta; los

términos del precepto son categóricos, ya que *la consecuencia de impunidad sólo la llevarán aparejada los supuestos de inidoneidad absoluta*.

Para un adecuado discernimiento -desde luego, no siempre sencillo-, proponemos la formulación de las siguientes *reglas*:

1. Lo más claro es distinguir entre las acciones que en un principio eran idóneas para producir la consumación y que luego fallaron por circunstancias posteriores y las que aparecen como *incapaces para lesionar el bien jurídico desde un primer momento*, valoración que se hará desde la óptica del hombre medio y atendiendo a la capacidad estadística para producir la consumación. Las segundas se incardinarán en este precepto y sus consecuencias de impunidad.
2. La tentativa es irreal cuando su inidoneidad alcanza tal grado que un *espectador objetivo* al que se situara en la situación del autor percibiría la imposibilidad de que se lograra la consumación.

La *inidoneidad del autor* se plantea cuando un sujeto sin la calificación jurídica que condiciona legalmente su calidad de autor inicia la acción típica. Tal supone la impunidad de la conducta porque el sujeto no tiene el deber de actuar de una determinada manera por no existir las circunstancias que lo fundamentan.

135

Debe distinguirse del delito imposible el *delito putativo*, que es la realización de un hecho no penado por la ley creyendo erróneamente su autor que sí lo está; en el delito imposible lo que se quiere conseguir sí es típico, pero se intenta inadecuadamente, mientras que en el delito putativo lo que se quiere conseguir no está penalmente prohibido.

JURISPRUDENCIA.

“La figura del agente encubierto no puede ser considerada per se inconstitucional, ni por el contrario puede afirmarse de manera general, que esté revestida de total constitucionalidad, ya que dependerá en cada caso de cómo se haya desarrollado la actuación policial. Si el agente encubierto se infiltra en una organización criminal, no encuentra resistencia a la comisión de hechos con toda certeza conocidos como punibles; y el imputado actúa con libertad y espontaneidad, y si bien los hechos surgen a raíz del contacto que impulsa el agente encubierto, debe tenerse en cuenta que la decisión última queda reservada al sujeto investigado; por lo que no sería adecuado reconocer que hay violación a sus derechos. (Hábeas Corpus, 15-03-01)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El inciso segundo agregado por reforma, exceptiona alguno de los supuestos del delito imposible, en los casos de lo que denomina operaciones policiales autorizadas y parte de los supuestos siguientes: 1) alteración de circunstancias reales para la consumación; 2) alteración de los objetos necesarios para la consumación; 3) que se alteren la existencia o las calidades de los sujetos, para la consumación.

Por la forma en que se concreta la “operación policial”, en el sentido de alterar circunstancias de la realidad, de los objetos, o calidades, o existencia de los sujetos, resulta obvio que nos encontramos ante las llamadas “operaciones de investigación encubiertas” las cuales se indica, constituyen un “método de inducción engañoso al delito para detener al inducido y poder incriminarle posteriormente responsabilidad penal”. Sin perjuicio de otras valoraciones ético-políticas, que se le podrían hacer al agente provocador, respecto de su legitimidad constitucional, conviene aquí valorar exclusivamente el aspecto dogmático de ofensividad al bien jurídico, que es el punto esencial desde el derecho penal que entiendo resulta comprometido.

136 Como se dijo en los comentarios a la garantías penales mínimas, los principios que se derivan de la Constitución, son indisponibles para el legislador, en cuanto ello signifique vaciarlos de sus contenidos esenciales; puede que los principios, como toda norma mantenga un margen de excepcionalidad, pero las mismas, no los pueden llevar a volverse disfuncionales, es decir a perder el contenido meridiano garantizador, si ello sucede así, el principio se ve alterado en su núcleo esencial y esa alteración es desproporcional. En el precepto examinado, lo que se plantea es un delito sin ofensa real para el bien jurídico, y en éste, priva el principio del artículo 3 CP, que es una derivación del principio de lesividad de rango constitucional, y que exige que la conducta para que merezca pena o medida de seguridad, debe poner en peligro al bien jurídico, de ahí que, si mediante la operación encubierta, nunca estuvo en riesgo ningún bien jurídico, no puede haber injusto penal, puesto que una de las manifestaciones del principio de lesividad, es la concreción del principio de antijuridicidad material, por el cual, no sólo basta la mera infracción normativa, sino que además debe ofenderse en grado de peligro al bien jurídico; pero si se trata de alteraciones de circunstancias reales, alteración del objeto en el cual recaerá la conducta delictiva, o de las calidades o existencia del sujeto, no es posible que se manifieste una ofensa para el bien jurídico, y en tal caso, sólo se tiene un desvalor de acción, pero no un desvalor de resultado, de ahí que la conducta no pueda ser punible en esas circunstancias. Algunos ejemplos aclaran lo anterior. Si en una operación encubierta de drogas, para capturar a un comprador-distribuidor, se le entrega una sustancia que no constituya “droga”, como podría imputarse esa alteración del objeto, como un delito que ofenda la salud publica.

Si para capturar a un peligroso “sicario”, se realiza una operación encubierta, en la cual la víctima es un “muñeco”, como podrá imputarse una tentativa de homicidio, como delito que haya puesto en peligro la vida. Si para “atrapar” a un médico abortista, se verifica una operación encubierta, en la cual una mujer no embarazada es el “señuelo”, como podrá imputarse posteriormente un aborto si no ha habido nunca peligro para el *naciturus*, por que éste no existía. Es importante indicar, que el principio de lesividad, impide punir aquellas conductas, en las cuales el bien jurídico nunca ha sido puesto en riesgo, y esa razón opera para la indoneidad de las conductas, sean o no producto de una operación encubierta, por lo que, al no haber riesgo para el bien jurídico no puede haber pena como lo afirma el artículo 3 CP, que es rector en materia de punibilidad y que subordina a los demás tipos penales. Los límites admitidos en este caso, serían las operaciones mediante agente encubierto y el delito experimental, en los cuales el bien jurídico si es posible que se someta a un riesgo de lesión en cuyo caso quedaría salvada la lesividad y su legitimidad corresponde a problemas de licitud o ilicitud de la prueba.

26

DESISTIMIENTO

137

No incurrirá en responsabilidad penal, el que desistiere voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito, o impidiere que el resultado se produzca, salvo que los actos de ejecución ya realizados sean constitutivos de otro delito consumado.

El desistimiento es la interrupción que el autor realiza en el proceso dinámico del delito por obra de su espontánea y propia voluntad, evitando así su culminación o perfección.

El hecho no resulta punible si la suspensión de la ejecución o el hecho de impedir el resultado han sido *decididos por el propio autor*.

El precepto distingue aquellos casos en que el autor haya abandonado el plan trazado y no continúe con él, con lo cual *su mera inacción será suficiente*, de aquellos otros supuestos en los que ya ha realizado todos los actos ejecutivos y *es preciso que lleve a cabo un comportamiento activo* para impedir que, inexorablemente, el resultado se produzca.

Si el sujeto no ha realizado aún todos los actos que deben llevar al resultado, el desistimiento requiere que deje *voluntariamente* de llevar a cabo las acciones tendentes a la consumación, voluntariedad que sólo se dará si la persona obra por propia decisión y no obligada por circunstancias externas que son en realidad las que le impiden continuar actuando; si lo que sucede es que han surgido impedimentos relativos (nuevas dificultades o hechos nuevos e inesperados, mayor riesgo en la actuación o temor a ser descubierto), el desistimiento no es eficaz.

Si el sujeto ya ha realizado todos los actos que deben llevar al resultado, debe impedir éste por los medios a su alcance, lo que será posible mientras el autor desconozca que ha sido descubierto.

Concluyendo, los *requisitos* del desistimiento son que el tal sea *propio, voluntario, personal y definitivo*.

138

Un supuesto especial que se plantea es el del *autor que desea impedir el resultado, pero no lo consigue por accidente o torpeza*. A fin de valorar adecuadamente esta posibilidad, híbrida entre la pervivencia de la lesión del bien jurídico y de la actuación favorable del autor, se han propuesto soluciones que postulan, bien la aplicación de tipos imprudentes, allí donde sea posible, bien la consideración de que los hechos han sucedido como caso fortuito, lo que deja a salvo la reparación civil de los mismos.

El Código no aborda expresamente el supuesto de que una secuencia de hechos sea llevada a cabo por varios *partícipes*, desistiendo unos y no haciéndolo otros, lo que comportaría que el hecho pueda llegar a producirse.

La ley tiene que valorar el supuesto porque es obvio que hay un distinto juicio para esa conducta.

En otros sistemas jurídicos se ha postulado la impunidad de la conducta si la acción del sujeto impide el resultado (el reproche se mantendría vigente para los otros partícipes como tentativa), lo que nos sitúa en realidad en el mismo supuesto contemplado por el precepto; el problema surge si el resultado se produce, postulándose entonces para la impunidad de quien desiste que se lleve a cabo una *actuación seria, firme y decidida para impedirlo*.

Podemos buscar una referencia para solucionar la cuestión en el *art. 37 del Código*, cuando hace mención a que el partícipe responderá cuando lo cometido por él sea típico y antijurídico. En nuestro caso, sí parece que la actuación llevada a cabo es típica y antijurídica por estar definida en un tipo penal y carecer de causa de justificación,

si bien la valoración de la conducta es híbrida: negativa hasta el momento del desistimiento y positiva en atención al desistimiento mismo; sin que creamos que el Código dé pie para permitir la impunidad por una mera actuación seria, firme y decidida para impedir el resultado, proponemos que *se valore en qué medida la actuación llevada a cabo por el sujeto hasta el momento en que desiste ha sido decisiva o meramente accesoria en la empresa criminal*; lo segundo podría acoger una solución de impunidad, mientras que para lo primero el arbitrio judicial individualizador de la pena adecuaría la misma al comportamiento del sujeto.

Claramente se afirma que el desistimiento no implica la total y absoluta irresponsabilidad del culpable si los actos anteriores que ha ejecutado tienen por sí trascendencia penal como delito consumado: será ello el objeto de su incriminación.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Aquí sólo conviene destacar, que la punición de los actos de la tentativa, tienen sus excepciones sistemáticas con la figura del delito desistido, tanto el denominado desistimiento activo como el desistimiento pasivo. En ambos casos, el agente debe desistir voluntariamente. En el desistimiento activo, el sujeto ya ha realizado todos los actos de ejecución, y sólo falta que sobrevenga el resultado, se impone aquí para que se desista voluntariamente, que el sujeto realice una actividad positiva, para que el daño no sobrevenga, esta actividad dado el grado de avance de ejecución del delito – en el cual sólo resta la consumación– debe ser eficiente, es decir debe evitar el resultado, de lo contrario si se estropicia el intento de evitar el resultado y el delito se consuma, el hecho queda imputado en grado de consumación, aunque si es ponderable la atenuante del artículo 29 N° 4.

139

De evitarse exitosamente el resultado, la conducta se excluye, salvo que por el grado de ejecución, y atendiendo al delito en particular, se impute la consumación de un delito de pasaje, que también halla alcanzado por los avances de la ejecución un grado de autonomía. El otro aspecto es el llamado desistimiento pasivo, por el cual, el sujeto ha dado inicio a la ejecución, pero sin desarrollar todos los actos ejecutivos, en tal situación, es suficiente con que el agente interrumpa la ejecución, es decir cese en los actos que realice, aquí el desistimiento siempre que sea voluntario, se colma con un dejar de hacer, para no continuar con la ejecución y alcanzar el resultado. De los elementos del desistimiento, puede indicarse que son: a) una desistimiento del agente de proseguir con los actos de ejecución del delito (desistimiento pasivo) o un desistimiento de alcanzar el resultado (desistimiento activo); b) que dicho desistimiento sea voluntario, lo cual significa que no debe ser impuesto por ninguna circunstancia extraña a la decisión agente, pero en este punto debe serse comedido, los factores extraños sólo tienen

relevancia sin son internos, cuando son externos, pierden su relevancia; por impactar en el desistimiento haciéndolo involuntario, de ahí que la clave sea la voluntad del agente, pero con independencia de cuestiones externas; por que como bien se ha dicho: “no es la causa la que tiene que ser independiente sino la voluntad del autor” (Muñoz Conde, 1972: 70/71) es decir libre determinación sin condicionamientos externos conocidos por el autor; c) que sea definitivo, lo cual expresa que el desistimiento no puede ser provisional, aunque este parámetro también debe considerarse ponderadamente en cada caso en particular; d) el desistimiento debe impedir el resultado.

Cuestión importante sobre el desistimiento, son las siguientes: se indica que no hay desistimiento voluntario cuando: a) se desiste por que se cree que se han realizado todos los actos necesarios para la consumación; b) cuando ya no es posible proseguir la ejecución por el concurso de causas extrañas que interrumpen la ejecución; c) por que el medio material que se ha utilizado ha sido insuficiente; d) cuando se decide realizar otra forma de ejecución de conducta; e) cuando se interrumpe mediante engaños del sujeto pasivo. En cuanto a que el desistimiento sea definitivo, se indica que el mismo no concurre en el caso de postergación, que es cuando el sujeto difiere por una razón de conveniencia la ejecución delictiva, pero no desistiendo de ella sino sólo aplazándola transitoriamente para continuarla después. También es oportuno citar, la famosa frase de Frack que resume la cuestión del desistimiento: opera el desistimiento voluntario cuando el agente se dice: “puedo pero no quiero”; por el contrario no hay desistimiento voluntario cuando el sujeto afirma: “quiero pero no puedo”.

CAPÍTULO II

DE LAS CAUSAS QUE EXCLUYEN DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL

27

EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD

No es responsable penalmente:

1) Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita;

La razón primera de esta circunstancia es que el Ordenamiento Jurídico, como un todo, no debe permitir que se acarreen consecuencias sancionadoras por parte de una rama del Derecho para actuaciones jurídicamente amparadas por otras ramas del Derecho.

141

El precepto refiere tres supuestos: el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho y el ejercicio legítimo de una actividad.

En todos ellos, la naturaleza de las funciones o derechos que se ejerzan y la realización de los fines consustanciales a ellos, sin extralimitación, son los límites necesarios para la mejor comprensión de su alcance.

Cumplimiento de un deber

El *presupuesto* de la circunstancia es que un sujeto cumple un deber en cuya realización se produce un hecho penalmente típico, con menoscabo de un bien jurídico, es decir, tiene el *deber de lesionar el bien jurídico que resulta vulnerado*, lo que suele suceder fundamentalmente en el caso de personas a quienes están encomendado el ejercicio de funciones de interés público, donde el servicio de la generalidad prima sobre los intereses particulares.

En cada caso deben ponderarse los intereses en conflicto, estando justificada la acción que se ejecuta en cumplimiento de un deber cuando preponderaba el interés que defendía.

El deber del que habla el precepto es un *deber jurídico*, es decir, impuesto por cualquier fuente del ordenamiento jurídico.

La actuación ha de ser *proporcional y racionalmente necesaria*.

La voluntad del sujeto ha de ser *el cumplimiento del deber*, excluyéndose motivaciones ajenas o bastardas en las que el actuante instrumenta su especial posición para el logro de finalidades distintas a las que impone su deber.

Especial relevancia tiene el *tratamiento del uso de la fuerza por la Autoridad o sus agentes*, en lo que deben concurrir los siguientes presupuestos:

- La *condición del sujeto activo* como Autoridad o agente de la misma *que esté ejerciendo su cargo*.
- Necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza.

142 La fuerza ha de resultar *necesaria* para el ejercicio de la función pública, sin que ello se identifique imprescindiblemente con el hecho de que el agente resulte agredido, ya que lo que se protege propiamente no es al agente que actúa sino al propio Derecho y a los intereses colectivos que se defienden.

Visto lo excepcional del uso de la violencia, sólo habrá *proporcionalidad* cuando el uso de la fuerza trate de evitar una infracción grave, reputándose desproporcionada en caso contrario.

Ejercicio de un derecho

El reconocimiento de un derecho por el ordenamiento jurídico no implica que se pueda ejercitar de cualquier modo y lesionando bienes penalmente protegidos.

Frente al ejercicio de un derecho está la *vía de hecho*, que supone la realización de un derecho al margen de lo que declare la Administración de Justicia y contra la voluntad de quienes a ello se oponen.

El supuesto supone que carecen de trascendencia penal ciertas vías de hecho.

Como en el caso anterior, el ejercicio del derecho debe ser legítimo, en *cuanto ajustado a las prescripciones legales*, y estar asistido por un doble requisito de *necesidad racional y proporcionalidad*, lo que significa que no haya extralimitación por parte del sujeto

activo y sí ponderación entre los medios empleados y la intensidad del resultado lesivo sobre el bien jurídico tutelado.

Ejercicio de una actividad lícita

El supuesto se refiere a comportamientos que se llevan a cabo en el ejercicio de actividades o profesiones socialmente asumidas y que comportan la realización de tipos penales.

El caso arquetípico es el del ejercicio de las *profesiones sanitarias*, en las cuales pueden darse resultados relevantes para la vida o la integridad física de las personas, si bien amparados en torno a las siguientes consideraciones:

- El menoscabo que pueda producirse va guiado, no con la intención de perjudicar el bien jurídico, sino de beneficiarlo, disminuyendo, en cualquier caso, el riesgo preexistente de lesión del mismo u otros bienes jurídicos (vida frente a integridad física).
- El ejercicio de la actividad con arreglo a las pautas comúnmente asumidas supone el cuidado debido por parte del autor, lo que tiene su punto de encuentro en el consentimiento del paciente.

143

Un caso particular es el ejercicio de un *deporte*, actividad permitida bajo unas determinadas reglas, que puede generar consecuencias lesivas para los participantes, las cuales se hallarían justificadas bajo el prisma de que se trata de una actividad asumida socialmente, sobre cuya corrección en el eventual caso de desviación se entiende que debe actuarse con medios extrapenales y, lo que es más importante, la eventual víctima ha consentido en la asunción de los riesgos dimanantes de la práctica. Por tanto, desde tales premisas, sólo supuestos de clara extralimitación podrían interesar al Derecho Penal.

2) Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus derechos, siempre que concurran los requisitos siguientes:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad razonable de la defensa empleada para impedirla o repelerla; y,

c) No haber sido provocada la agresión, de modo suficiente, por quien ejerce la defensa;

La legítima defensa supone un derecho que el sujeto tiene para asumir por sí, por razón de urgencia e inaplazabilidad, el mantenimiento del orden jurídico que corresponde al Estado frente al trance de lesión o pérdida de determinados derechos.

En realidad, detrás de ésta circunstancia subyace una inexigibilidad de conducta distinta.

Se hace con ella posible la defensa de toda clase de bienes jurídicos y derechos, propios o ajenos, así como la defensa de la propia persona o de la ajena, con la única restricción de que ha de tratarse de bienes jurídicos personales y no comunitarios.

144

La agresión ilegítima

Por ella debe entenderse todo acto físico o de fuerza, acometimiento material ofensivo o actitud de inminente ataque o de la que resulte un evidente propósito agresivo inmediato que crea un riesgo real e inminente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles.

Debe tener cierta entidad y vigencia.

La presencia de este elemento es ineludible, de modo que sin él no cabe apreciar la circunstancia excluyente ni de forma plena ni de forma incompleta, conforme a lo dispuesto en el art. 29.2) del Código.

La *riña mutuamente aceptada* excluye la agresión ilegítima. Se entiende como tal el mutuo acometimiento y recíproca agresión. La razón de ser de la exclusión radica en que los contendientes se convierten en agresores de su contrario y dejan de ser defensores, ya que han aceptado el reto que supone la actitud del contrario.

Es pues esencial deslindar si el acometimiento parte claramente y en primer lugar sólo de uno de los contendientes o si uno de ellos utiliza medios o instrumentos

desproporcionados en relación con lo que empezó siendo una riña leve. Ello permitirá desenmascarar actuaciones aparentemente amparadas en legítima defensa y que se presentan bajo la falaz forma de riña.

Necesidad razonable de la defensa empleada

Debe distinguirse *la necesidad de una reacción defensiva* de la *necesidad racional del medio empleado* para impedir o repeler la agresión.

La *necesidad de la defensa* exige una agresión actual y persistente que crea un riesgo para el bien jurídico.

Entre agresión y defensa debe existir *unidad de acto* porque, de lo contrario, la reacción dejaría de ser defensa para convertirse en venganza, lo que impediría la apreciación de la circunstancia excluyente bajo cualquiera de sus formas.

La *necesidad racional del medio empleado* requiere un juicio de valor sobre la proporcionalidad existente entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y los medios y comportamiento defensivo. No es que se requiera identidad o semejanza entre unos y otros, sino que deben ponderarse las circunstancias del caso concreto, el estado anímico del agredido y los medios de que disponga en el momento de ejecutar la defensa, es decir, la situación personal en que los contendientes se encontraren.

145

El medio empleado ha de ser el menos gravoso de los disponibles, pero no siempre puede objetivarse hasta ese extremo, ya que hay que ponderar el impacto psíquico sufrido por el sujeto agredido. El juicio de valor no debe limitarse a la naturaleza del medio en sí, sino que debe extenderse al uso que se hace de él y a la existencia de otras alternativas menos gravosas, en función de las circunstancias concretas del hecho.

Tratamiento particular merece la *fuga o huida* como alternativa a la defensa, lo que incidiría sobre la valoración de otras actitudes adoptadas. La fuga no siempre es exigible al acometido porque ni es un medio seguro para evitar el riesgo ni puede exigirse a nadie por la comprensión de la propia naturaleza humana y su componente de dignidad; sin embargo, sí parece la más idónea alternativa cuando sea posible, no vergonzante y asegure que la agresión no se produzca.

La necesidad de defenderse opera, como la agresión ilegítima, como elemento esencial para la aplicación de la causa excluyente bajo cualquiera de sus formas, tanto exención plena como incompleta. La falta de racionalidad o proporcionalidad en el medio empleado

(exceso defensivo) no obstaculiza la apreciación de la circunstancia, provocando su apreciación como incompleta.

Falta de provocación suficiente

Debe entenderse por provocación la incitación, excitación u hostigamiento con actos, palabras o ademanes que despiertan o avivan la agresividad del contrario.

La nota de *suficiencia* exige causalidad y eficacia, es decir, una proporción entre la provocación inicial y la respuesta agresora, valorándose la adecuación de la misma en conexión con la reacción observada atendiendo a las circunstancias del hecho y de las personas implicadas, así como el conocimiento recíproco que estas personas tuviesen. En general y a reserva de las salvedades antedichas, será suficiente la provocación que a la mayor parte de las personas hubiera determinado una reacción agresiva.

Si el defensor actúa con provocación suficiente y adecuada se produce un exceso defensivo que da lugar a la apreciación incompleta de la causa excluyente, lo que también sucedería con la provocación imprudente en la que el sujeto actúa sin poner el debido cuidado ante la posibilidad de prever que su comportamiento generará el ataque del contrario.

146

Si lo que sucede es que el sujeto provoca intencionadamente a su contrario buscando y aceptando una determinada reacción lo que habrá es una auténtica agresión por su parte y no se podrá apreciar la situación de defensa bajo ninguna de sus formas.

3) Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo;

La circunstancia define lo que se ha venido llamando estado de necesidad, pudiendo desglosarse a lo largo del enunciado del precepto los diversos elementos que lo integran.

Se *define* por una situación en la que el sujeto, a fin de evitar la destrucción o lesión de un bien jurídico propio o ajeno, no tiene otra alternativa que destruir o lesionar el bien jurídico de un tercero o abstenerse de cumplir un deber que le era exigible.

El comportamiento por necesidad

Cualquier hipótesis de comportamiento con relevancia penal puede consistir en una acción o en una omisión que lesiona un bien jurídico penalmente protegido.

En el presente caso ese comportamiento está rodeado por varias *premisas* acumulativamente consideradas:

1. El sujeto contempla un peligro actual, real o inminente de lesión o pérdida de un bien jurídico propio o ajeno.
2. El sujeto no ha provocado con su voluntario comportamiento precedente esa situación de peligro.
3. El sujeto reacciona exclusivamente para salvaguardar el bien jurídico en peligro.
4. El sujeto no está obligado jurídicamente a afrontar el riesgo.

El propio comportamiento está configurado por los siguientes *elementos*:

147

1. El comportamiento activo u omisivo del sujeto trae como consecuencia la lesión de otro bien jurídico.
2. El bien jurídico lesionado tiene un valor similar o inferior al del bien jurídico cuya puesta el peligro contemplaba el sujeto.
3. Hay una relación de proporcionalidad entre el peligro que se cernía sobre el bien y la reacción del sujeto.

La situación de necesidad

Es condición indispensable para la existencia de la causa excluyente, de forma completa o incompleta.

Se refiere a un *conflicto entre bienes jurídicos* que crea una situación de peligro para uno de ellos y que sólo puede solucionarse mediante el sacrificio o menoscabo de uno de ellos.

Dichos bienes jurídicos, de cualquier clase, pueden ser propios o ajenos, caso que constituye lo que se denomina auxilio necesario.

Se trata de una situación objetiva que el sujeto contempla como marco de su actuación antes de llevarla a cabo, siendo difícilmente asumible que, al lado de una situación objetiva de necesidad, puedan darse motivaciones desviadas impulsando el obrar del sujeto.

Aunque se viene considerando la circunstancia desde el prisma de una necesidad *absoluta*, no debe perderse de vista el estado anímico de la persona actuante si éste basta para llevarla a la infracción delictiva.

La situación de peligro

Ha de ser objetiva.

El precepto utiliza tres calificativos: actual, real o inminente. Esto descarta peligros remotos o situaciones de mera incomodidad o molestia en el disfrute de la titularidad del bien.

148

La *inminencia*, en conjugación con la actualidad a que hace referencia el precepto, no supone que se esté produciendo la lesión del bien a salvar cuando el sujeto actúa, sino que basta que el sujeto obre, tras analizar objetivamente la situación, convencido de que hay que atajar un riesgo cierto e intenso.

La *estimación errónea sobre la certeza* del mal impide la aplicación de la eximente aunque puede dar lugar a una situación de error de prohibición.

La proporcionalidad entre el peligro y la reacción

Se trata de ponderar el conflicto de intereses con criterios valorativos jurídicos. Ello siempre resulta complejo, por lo que habrá que tener como guía el principio de dignidad de la persona, con especial cuidado cuando se trata de ponderar intereses heterogéneos.

El peligro que amenaza al bien jurídico propio o ajeno ha de ser *grave*, lo que significa que mínimos conflictos no deben quedar amparados por una situación que comporta la lesión de bienes jurídicos, no obstante lo cual más adecuado parece sopesar la gravedad entre los males, el evitado y el causado.

El mal no debe poder ser *evitado* por otros procedimientos que estén al alcance del sujeto y sean *menos lesivos o perjudiciales* que la lesión de un bien jurídico ajeno; esto supone la necesidad del mal que se produce, lo que ha de valorarse objetivamente. El mal causado ha de ser *igual o menor que el que se trata de evitar y nunca mayor*, supuesto éste último que sólo podría dar lugar a una exención incompleta. La ponderación de la gravedad puede hacerse teniendo en cuenta diversos factores, aunque lo más adecuado sería conjugar el ordenamiento jurídico contemplado en su totalidad con el sentimiento colectivo, sin perder de vista que el precepto exige además una paridad entre la conducta y el peligro, sin que la mera diferencia valorativa entre bienes jurídicos ampare cualquier comportamiento, lo que supone una llamada a *valorar el daño que amenazaba al bien salvado y el que se ha creado al bien sacrificado*, sin cuyo equilibrio no podrá apreciarse plenamente la exención.

La no provocación intencionada de la situación de necesidad

El sujeto que actúa no debe haber generado dolosamente la situación de conflicto entre los bienes jurídicos enfrentados y si es el auxiliado quien sí la ha generado, aquél no debe haber participado en ello voluntariamente.

La ausencia de la obligación jurídica de afrontar el riesgo

149

El ejercicio de determinadas profesiones o actividades y el desempeño de determinados cargos o ciertas posiciones que en ocasiones se ocupan en la sociedad implican ciertos riesgos inherentes a ello.

La redacción del precepto es lo suficientemente ambigua como para que no quede inequívocamente determinado si quien está en dicha situación es el actuante o el necesitado -caso de tratarse de personas distintas-, si bien, vista la naturaleza de la circunstancia y la mención que se hace a la salvaguardia de un bien jurídico propio o ajeno, lo lógico es pensar que quien no debe tener la obligación jurídica de afrontar el riesgo ha de ser el necesitado.

La circunstancia como causa de justificación o causa de inculpabilidad

Si los bienes en conflicto tienen distinto valor jurídico nos encontraremos ante una *causa de justificación*, con la consecuencia de que frente al sujeto que obra movido por este estado no cabrá oponer legítima defensa y la colaboración de un partícipe no será nunca punible.

Si los bienes jurídicos en conflicto tienen el mismo valor nos encontraremos ante una *causa de inculpabilidad*, con la consecuencia de que frente al sujeto que obra movido por este estado sí cabrá oponer legítima defensa y la colaboración de un partícipe puede resultar punible si no está amparado por las mismas circunstancias que el sujeto principal.

4) Quien en el momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por cualquiera de los motivos siguientes:

a) enajenación mental;

b) grave perturbación de la conciencia; y,

c) desarrollo psíquico retardado o incompleto.

En estos casos, el juez o tribunal podrá imponer al autor alguna de las medidas de seguridad a que se refiere este Código. No obstante la medida de internación sólo se aplicará cuando al delito corresponda pena de prisión; y,

150

El Código contiene un *concepto legal de imputabilidad* que se concreta en la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión.

Se refieren anomalías o alteraciones psíquicas o alteraciones en la percepción que hacen que el sujeto carezca de capacidad intelectual y volitiva. El desarrollo general de las causas incidentes sobre la correcta formación de la conciencia y la voluntad se determina tanto en esta circunstancia como en las atenuantes primera, segunda y tercera del artículo siguiente.

La enajenación mental

El Código adopta una fórmula que no es estrictamente médica y psiquiátrica, sin atender sólo al origen biológico de la alteración, sino fundamentalmente a las consecuencias que ésta origina en la mente, en la capacidad intelectual y volitiva.

La indefinición del término enajenación comprende las diversas anomalías psíquicas, estando siempre en la base de ellas la anulación de las capacidades volitivas y congoscitivas por una patología mental que incluye tanto la enfermedad mental como el trastorno mental transitorio.

No debe equipararse al enajenado con el enfermo mental, ya que lo esencial, a efectos de imputabilidad, no es el padecimiento de una determinada enfermedad mental sino que, como ya se dijo, la anomalía experimentada en el momento del hecho le impide al sujeto conocer la ilicitud de su comportamiento o autodeterminarse conforme a ello.

El agente se encuentra con sus facultades cognoscitivas o volitivas abolidas o suprimidas, sin raciocinio o voluntad, con manifiesta inconsistencia para la determinación en la vida de relación.

Podemos hacer referencia a un limitado catálogo de patologías:

- Las *oligofrenias* constituyen una falta de desarrollo de la inteligencia desde el nacimiento o la primera época de la vida y su eficacia jurídica a la hora de degradar la responsabilidad depende del grado en que la disminución se presente.
- Las *psicosis* son propiamente enfermedades mentales, pudiendo obedecer a causas internas o a causas externas a la constitución de la persona.

Entre las psicosis internas las más usuales son las epilepsias, las esquizofrenias, las paranoias y las psicosis maníaco-depresivas (profundas y cíclicas oscilaciones del estado de ánimo y de la afectividad). Su efecto común es el de excluir la responsabilidad si ocasionan la pérdida de la voluntad o de la inteligencia.

151

Las psicosis externas tienen su más común ejemplo en las producidas por la ingesta de drogas o alcohol y también aquí se incluye el deterioro del sujeto producido por el paso del tiempo (demencia senil).

- Las *neurosis* suponen trastornos de la personalidad. Ejemplos claros y comunes son las ludopatías y las celopatías.
- Las *psicopatías* son alteraciones anormales de la personalidad, de forma que existe una desviación extrema respecto a la forma en que el individuo normal en una cultura percibe, piensa, siente y se relaciona con los demás; suelen tener efectos excluyentes de la responsabilidad cuando a ellas se unen anomalías orgánicas o psíquicas como oligofrenias, alcoholismo crónico, histeria, toxicomanías y esquizofrenias.

La exclusión de la responsabilidad surge con la total eliminación de la conciencia y la voluntad, mientras que tendrá efecto como atenuante del art. 29.2) cuando tan sólo se disminuyan las facultades intelectivas o volitivas, viéndose limitada la capacidad para

comprender la ilicitud y trascendencia de los actos o para controlarlos voluntariamente. Nos encontraremos ante la atenuante por interpretación analógica del art. 29.5) cuando la disminución carece de intensidad para ser apreciada con arreglo a lo antedicho, si bien se perciben leves efectos sobre la capacidad de comprensión y autodeterminación del agente.

El trastorno mental transitorio es similar en intensidad a la enajenación mental pero *su incidencia es meramente temporal*, sin que sea necesaria la preexistencia o la acumulación de una patología orgánica. El trastorno puede surgir por causas endógenas, inherentes por tanto a la personalidad del sujeto, o, las más de las veces, por motivos o estímulos externos (lo que se ha denominado muy gráficamente “choque psíquico”) de tal magnitud que anulan la inteligencia o el autocontrol de la persona, debiendo estar tales estímulos causalmente ligados a la reacción del sujeto. Por ello, la puesta en escena del mismo suele definirse por una aparición brusca e inesperada, una perturbación de la índole antedicha y una duración limitada, con una extinción que no tiene por qué dejar huella en la persona.

152

La circunstancia puede llegar a tener una evidente similitud morfológica con los estados pasionales recogidos en el número tercero del artículo siguiente cuando su origen se vincula a causas exógenas, radicando fundamentalmente la diferencia en la intensidad de la afectación de la inteligencia y la voluntad.

La grave perturbación de la conciencia

De entre las muchas acepciones que tiene el término conciencia, reviste en nuestro caso especial interés la que hace referencia al “*conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar*”. La conciencia nos permite juzgar sobre nuestra propia existencia y nos aporta un conjunto de representaciones que influyen sobre los procesos mentales, por lo que los trastornos de conciencia alteran la personalidad del sujeto. La conciencia puede sufrir diferentes *perversiones*, bien por impulsos patológicos que coarten la libertad, bien por obnubilaciones que priven al sujeto del conocimiento sobre sus actos, bien por lo que se ha venido llamando “anestesia moral”, que le hace insensible a los preceptos de la ley, la ética y las buenas costumbres.

Se distingue entre *conciencia natural*, que resulta de nuestra propia manera de ser en cuanto seres inteligentes y morales, y la *conciencia de educación*, que resulta de la influencia de la sociedad en que vivimos, sus costumbres y preceptos. Finalmente, también se habla de la *conciencia moral* como conocimiento práctico sobre la honestidad o inhonestidad de una acción determinada.

De entre las distintas *anomalías de la conciencia*, tiene para nosotros especial relevancia la denominada “conciencia laxa”, que es la que por motivos leves juzga lícito aquello que es ilícito, y la “*conciencia perpleja*”, que es aquélla incapaz de discernir sobre la licitud o ilicitud de las situaciones con que se enfrenta.

Los términos utilizados para fijar el alcance de la circunstancia no son sencillos en cuanto que la palabra “conciencia” es objeto de múltiples significados. Trayendo a colación el número concreto en que se sitúa esta circunstancia y los ámbitos que tratan las otras circunstancias de este mismo número, así como las indudables influencias legislativas del Código, la conciencia a la que se está refiriendo el precepto debe entenderse como una suma de elementos que conforman la realidad social, es decir, *los valores, normas y pautas de comportamiento vigentes en cada momento*, algo esencial para que la persona pueda autodeterminarse en relación con el alcance de las normas penales, que precisamente se fundan en un determinado sistema de valores de la colectividad.

Dichos valores son adquiridos por la persona a través de su proceso de formación, de forma que sean interiorizados y hábiles para influir en su autodeterminación con conocimiento -y, por tanto, responsabilidad- sobre el alcance de su comportamiento.

153

La gravedad de la perturbación a que hace referencia la redacción del artículo comporta *que la persona ignore o yerre sustancialmente respecto a los valores expresados en el precepto penal conculcado*, debiendo además tenerse en cuenta que detrás de la protección del derecho penal están reflejados los más esenciales valores del ser humano como tal y de éste como integrante de la sociedad, algo que casi podría decirse que está innato en la persona o que puede ser capaz de comprender y captar con un mínimo de aprendizaje o experiencia, por lo que *sólo situaciones de grave perturbación pueden propiciar un estado como el que describimos*.

Asentada, como la circunstancia anterior, en las bases de la imputabilidad, recogidas en el primer inciso de este número, hay una diferencia esencial que radica en que aquí no se plantea, ni siquiera hipotéticamente, si el sujeto está capacitado o no para autodeterminarse, ya que no se trata de un defecto de la voluntad, sino que lo que se cuestiona es *si su inteligencia es capaz de comprender la ilicitud del acto*.

Finalmente, cabe indagar sobre la *causa* de esa referida perturbación de la conciencia, la cual puede tener una base patológica o una raíz ambiental. Pueden ser *alteraciones físicas o psíquicas* las que le impidan al sujeto aprehender la realidad o puede que el sujeto se haya visto *privado de los conocimientos y experiencias* que le permitan confrontar su actuación con los valores sociales que están detrás del precepto. La

apreciación de la circunstancia puede exigir pues una reconstrucción histórica del sujeto para discernir si el aislamiento existe y las causas que en el mismo han incidido.

En unas ocasiones nos encontraremos ante alteraciones sensoriales, en otras supuestos de incomunicación con el entorno social, bien por circunstancias sociales, bien por peculiaridades caracterológicas, pero siempre teniendo como resultado el *que el sujeto no haya adquirido conocimiento crítico sobre la trascendencia de los actos que realiza o que le rodean*.

El desarrollo psíquico retardado o incompleto

La configuración de la persona como ser consciente y libre es un proceso dinámico que, al menos hipotéticamente, tiene una *correlación cronológica*, lo cual, en cierta medida, influye en que la edad penal se establezca en relación con una determinada edad cronológica, concepto histórico y por lo tanto cambiante. Por su misma naturaleza como proceso, es posible que *circunstancias patológicas o ambientales hagan que el sujeto no llegue al estado de maduración suficiente* para que se pueda establecer sobre el mismo un pleno juicio de reproche asentado en una plena definición de responsabilidad.

154

Desde tales premisas, resulta gráfico confrontar esta circunstancia con las anteriores. Mientras que la enajenación mental hacía referencia a una patología de la mente, que no es capaz de comprender o de autodeterminarse y la perturbación de la conciencia partía de una mente que no había asumido, o lo había hecho defectuosamente, su posibilidad de valoración de situaciones, aquí nos encontramos con un problema muy específico cual es el de la no correspondencia entre el desarrollo físico -o al menos el avance cronológico- de la persona y su desarrollo psíquico, el de su mente, motor de su comportamiento, de forma que el jurista, enfrentado con una persona aparentemente idónea para asumir la valoración del derecho, aprecia un desfase o defecto en la mente que, conforme a los presupuestos del primer inciso de esta circunstancia excluyente, le impide al sujeto comprender la ilicitud de su comportamiento o de autodeterminarse conforme a ello, aunque será prevalente la presencia de lo primero.

En la formación del psiquismo inciden *tanto factores puramente fisiológicos como ambientales*: la mente es y se educa. Si algo falla, bien desde el primer momento, bien durante el proceso de formación, es obvio que el desarrollo no habrá llegado al estado exigible en el momento en que al sujeto ello se le presuponga cronológicamente, pudiendo decirse que todo desarrollo retardado es un desarrollo incompleto, mas no al revés, pues lo primero parece dejar abierta la posibilidad de mejora, mientras que lo segundo da idea de un estado de insuficiencia que no va a llenarse en el futuro. Por eso

habrá que indagar si nos encontramos ante improntas fisiológicas o ante factores sociales, algo que, en parecida medida, ya ocurría en el caso de la perturbación de la conciencia.

Son paradigmáticas las situaciones de debilidad mental o de los llamados sujetos “borderline”, si bien es de reconocer que difícilmente en estos casos nos encontraremos con la premisa de la absoluta incomprensión de la ilicitud o la absoluta imposibilidad de la autodeterminación. Siempre *habrá que poner en relación al sujeto con los hechos a enjuiciar*, su complejidad y trascendencia, la primariedad o no del sistema de valores conculcado, de forma que personas en situaciones de insuficiencia pueden llegar a asumir responsablemente elementales secuencias de hechos o el respeto a fundamentales valores, mientras que son completamente incapaces de hacer lo mismo con realidades más complejas.

Sobre la aplicación de medidas de seguridad

El catálogo de medidas de seguridad establecido en el *art. 93 del Código* puede ser aplicado a las personas que llevan a cabo un comportamiento delictivo bajo alguna de las circunstancias previstas en este número. Ello genera dos necesidades: *tratar* a la persona para curarla o al menos para evitar que su déficit tenga como consecuencia actuaciones penales y, en segundo lugar, evitar o minorar el *peligro social* del sujeto.

155

Siendo bastante restringido el catálogo de medidas que contiene el invocado precepto, parece que las alternativas serán, bien la *internación* en centros penales especiales destinados a la atención y tratamiento de la salud mental de los internos o aquellos previstos a tales fines por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y el Instituto Salvadoreño del Seguro Social (art. 80 de la Ley Penitenciaria) -sólo posible si al delito corresponde la pena de prisión-, bien, según lo más conveniente para cumplir las antedichas necesidades, el *tratamiento terapéutico de carácter psicológico o psiquiátrico*, siendo ello, en cualquier caso, una potestad no imperativa del juzgador, quien contemplará las específicas *necesidades de la persona en el momento de dictar sentencia*.

Para un mayor comentario nos remitimos al que se hace en los artículos dedicados a las medidas de seguridad.

5)Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó; y,

El Derecho penal no puede ni debe imponer obligaciones que desborden la capacidad de realización o de resistencia de la persona situada en el término medio de la comunidad en que vive.

La situación de no exigibilidad es aquella en la que el Derecho considera que no se puede compeler al sujeto a resistir una presión excepcional que el hombre medio no podría soportar, presión que es la que le lleva a actuar de una forma que la norma penal define como antijurídica: el Derecho no puede castigar lo que se considera adecuado para la generalidad de los ciudadanos.

El sujeto obra como lo haría cualquiera y lo que es anormal es la situación en que se encuentra. El sujeto lleva a cabo una acción u omisión antijurídica, pero disculpable.

Circunstancias que habitualmente se circunscriben en este ámbito son el *miedo insuperable* y el que se ha venido llamando *estado necesidad exculpante*, conflictos entre bienes iguales, lo que en este momento se prevé en el art. 27.3) cuando se refiere al estado de necesidad en el que el bien lesionado es de igual valor que el salvaguardado.

156 El *miedo insuperable* surge de la coacción que supone la amenaza de un mal, pudiendo aquélla estar acompañada o no por violencia física. El sujeto obra voluntariamente, pero su voluntad se encuentra viciada en su libre formación.

Se ha *definido* como un constreñimiento psíquico que un mal grave e inminente ejerce sobre el espíritu humano, violentando sus determinaciones hasta suprimir la voluntariedad del acto.

Podrán pues establecerse varios *requisitos* para la determinación de la circunstancia:

- 1º) Que el *miedo* esté inspirado en un hecho grave e inminente, real y efectivo o que de tal forma sea sentido por el autor, viniendo aquí a colación los problemas sobre error expuestos en su momento.
- 2º) Que ello suponga un *trastorno anímico* de tal intensidad que llegue a anular la voluntad del agente.
- 3º) Que el miedo sea *insuperable*, es decir, incontrolable o indominable, lo que se determina de nuevo acudiendo a un tipo ideal de hombre medio situado en la posición del autor, que es quien se toma como referencia para determinar la posible resistencia al miedo.

- 4º) Que exista una cierta *proporcionalidad* entre el mal que produzca la actuación antijurídica de quien actúa movido por el miedo y el que pensaba que a él le podía sobrevenir.

6) Quien actúa u omite en colisión de deberes, es decir cuando existan para el sujeto, al mismo tiempo, dos deberes que el mismo deba realizar, teniendo solamente la posibilidad de cumplir uno de ellos. (11)

JURISPRUDENCIA.

Se analizará el juicio de antijuricidad desarrollado en la resolución impugnada, sobre la base de los hechos que el tribunal tuvo por acreditados; y posteriormente, en caso se determinare la existencia del error denunciado, se procederá a pronunciar la sentencia respectiva, tal como lo indica el Art. 427 Inc. 3Pr.Pn. De los hechos probados, se desprende que la acción catalogada como defensiva de parte del imputado Salomón Iraheta, se produjo durante una discusión en la intervenían otras personas, momento en el cual uno de los ahí presentes lanzó una botella a la parte trasera de la cabeza del procesado, siendo entonces que este sacó su arma y disparó lesionando a dos personas y provocando la muerte de dos de ellas. La defensa de los derechos propios o ajenos, según lo regula el Art. 27 No. 2 Pn., está excluida de responsabilidad penal, cuando se conjugan las tres situaciones ahí establecidas; es decir, que la reacción defensiva tenga lugar frente a una agresión injusta, actual y no provocada por el que se defiende (...) Un aspecto digno de analizarse, es si por la manera en que tuvo lugar la agresión, podría considerarse que ella había ya cesado al momento de reaccionar el imputado; es decir, cabe determinar si podría asumirse la cesación inmediata del ataque luego de producirse el golpe con la botella, en cuyo supuesto la agresión perdería legitimidad por no ser actual ni inminente (...) Por otra parte, en cuanto a lo que el representante fiscal considera exceso en la reacción defensiva del procesado, tal observación atañe al segundo requisito contemplado en la ley, es decir, la necesidad razonable de la defensa empleada para impedir o repelar la agresión, parámetro que involucra una cierta dosis de proporcionalidad, sin que ello implique equiparación de medios, sino más bien, la medida e intensidad de la reacción, ha de corresponder en cada caso con el grado de peligro, con el bien agredido y con la disponibilidad de los medios de defensa, y que, en definitiva, la reacción debe dirigirse contra el atacante, excluidos bienes jurídicos de terceros (...) Con base en los elementos relacionados, en lo concerniente a la afectación de bienes jurídicos de terceros, la Sala es del criterio que se ha configurado la excluyente denominada no exigibilidad de otra conducta, en su modalidad de estado de necesidad disculpante, Art. 27 No. 5 Pn., conclusión necesaria que se obtiene de los datos relacionados, en virtud de no ser reprochable la conducta del imputado al defenderse

de la agresión, pues tal es la reacción normal de una persona ordinaria en las condiciones descritas, al defenderse con el único medio disponible. (Casación, 27-11-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

I) El cumplimiento de un deber legal: Los requisitos que se señalan son: a) la existencia específica de un deber jurídico, puesto que tiene que devenir de la ley entendida en su sentido material, límite de ello es el respeto de los derechos y libertades fundamentales; b) el deber cumplido amparado en el precepto penal, debe de ser mayor jerarquía del que no se cumple; c) el cumplimiento del deber debe ser estricto, de ahí que al agente no le es dable, rebasar los límites que se establezcan por el deber normativo, se trata de impedir las situaciones de abuso de derecho, de ahí que los casos de abuso de poder que no son competencia del agente no se encuentran cubiertos por la eximente; d) Necesidad de ejecución de la conducta que impone el deber, en virtud de ello, si no es necesaria la limitación de un derecho, para cumplir con el deber la misma es excesiva; e) la exigencia subjetiva de que el sujeto realice la conducta con la finalidad de cumplir con el deber.

158 II) El ejercicio legítimo de un derecho. Los requisitos son: a) la existencia de un derecho subjetivo, puesto que la causa permisiva no puede amparar el ejercicio de cualquier derecho, constituye un derecho subjetivo, la prerrogativa, concedida por el derecho objetivo, a una persona para hacer, no hacer o exigir, de ahí que no se trate de una mera situación jurídica, sino de un verdadero derecho que por ello debe emanar del orden constitucional, fuente de todo derecho; b) el agente debe ser el titular de dicho derecho, es por ello que, el ejercicio del mismo sólo a el le corresponde; c) el ejercicio del derecho debe ejecutarse respecto de la persona que aparece obligada a soportar; d) el ejercicio del derecho, debe ser actual respecto del particular a quien le corresponde su debito, salvo caso de los derechos absolutos; e) el agente debe tener la capacidad jurídica de obrar; e) el ejercicio del derecho debe ser legítimo, lo cual significa, que ese derecho no puede ser usado abusivamente o de hecho, cuando hay otros mecanismos para hacerlo, de ahí que por esta vía, se evita el ejercicio arbitrario del derecho, para lo cual su ejercicio debe interpretarse restrictivamente; f) el ejercicio del derecho debe ser necesario; g) el ejercicio del derecho en ningún caso puede implicar una afectación grave contra la dignidad de la persona.

III) Cumplimiento de una actividad lícita. El fundamento de la eximente, es el del interés preponderante, pero de manera esencial no rige la ponderación de bienes respecto del interés, sino la satisfacción del mismo, aunque ello pasa siempre por un juicio de proporcionalidad, respecto de otros derechos en conflicto. Requisitos: 1) la existencia de la actividad, lo cual implica que en el caso específico, el dispensante,

tiene que haber realizado la conducta en el ejercicio de la profesión, oficio o arte. De ahí que, haya una necesidad de obrar en el sentido de ejercicio de la actividad, para quedar comprendido dentro de la exigencia; 2) la actividad en cuanto profesión, oficio, o arte debe de ser lícita, ello significa que no deben ser contrarias a la legalidad, de ahí que, en el ámbito de los oficios o arte, dicho ejercicio puede quedar subordinado al libre ejercicio, sin necesidad de grado académico, salvo que las mismas impliquen un peligro ostensible para los bienes jurídicos; 3) El ejercicio de la actividad debe ser legítima, lo cual implica, la observancia a la reglamentación debida si la actividad esta reglada, de no estarlo, la atención al cuidado debido; 4) el ejercicio de la actividad no puede encontrar sustento en violaciones graves contra la dignidad humana, lo cual tendrá que considerarse en cada ámbito de la actividad que se desarrolle (periodismo, medicatura, ejercicio de la abogacía); 5) el ejercicio de la actividad, debe colmar el aspecto subjetivo de obrar con la finalidad del ejercicio profesional o de la actividad que se desarrolla.

Conviene aquí mencionar, que este grupos de casos, se discute en la doctrina si pueden ser tratados como causas justificante o como cuestiones que revelen la tipicidad, sobre ello no hay consenso, y la postulación de los mismos rebasa los alcances de estos comentarios, pero es importante dejarlo al menos señalado, por que los efectos de tratarlos como justificante o causas de exclusión de la tipicidad, genera diversas consecuencias (Campos Calderón, Jaramillo Lescano, Sánchez Escobar: 2001: 142/143)

159

IV) El estado de necesidad disculpante. Este forma de exclusión de la responsabilidad penal, debe reunir los mismos presupuestos de el estado de necesidad justificante, por lo que debe concurrir, la existencia del peligro, su inminencia o actualidad, la tutela de un derecho propio o de un tercero, la no evitabilidad del perjuicio por otro medio que no sea la lesión del otro bien jurídico, la proporcionalidad, la no causación intencionado del peligro, el tener el deber de afrontar el peligro, la finalidad de dañar el bien jurídico para salvar otro. Ahora bien, el elemento que distingue el estado de necesidad exculpante, es que los bienes jurídicos, deben de ser de similar entidad, de ahí que entre el mal causado y el mal evitado, hay una simetría, en cuanto a la ponderación de ambos males, lo cual no sucede con el estado de necesidad justificante. Cuestión importante, es si el bien jurídico afectado es de mayor entidad que el jurídico que se resguarda, en cuanto a si son o no aplicables las mismas reglas del estado de necesidad justificante, o si el mismo podría derivar a otra forma de exclusión que parece ser lo más apropiado. El reconocimiento de dicho estado de necesidad, lo establece el precepto cuando señala que la lesión del bien jurídico puede ser igual que la del salvaguardado. Las consecuencias que se derivan de ambos estados de necesidad son diversos: frente al estado de necesidad disculpante el afectado puede oponer legítima defensa –aunque ello es debatido–; por el principio de accesoriedad limitada la intervención de un partícipe

será de ordinario punible respecto de éste; en caso de error podrían plantearse algunas diferencias en cuanto a si las consecuencias corresponden, a una forma de error de tipo o no.

V) La coacción. Esta forma se vincula a la llamada *vis compulsiva* por la cual, una persona es constreñida por otra a realizar, omitir o tolerar un acto que es contrario a su voluntad, pero al cual tiene que acceder, por tener una grave amenaza, sobre los bienes jurídicos propios o de una persona concreta, el grado de coacción deber ser bastante y actual, siendo que únicamente releva de la culpabilidad, a quien es coaccionado pero no a quien coacciona. Inclusive en la actualidad hay tendencias a homologar la coacción con el estado de necesidad disculpante.

160

VI) El miedo insuperable. Actualmente dicha forma de exclusión de responsabilidad ya no es considerada una forma de trastorno mental transitorio, de ahí que su fundamento, no sea en estricto sentido, una afectación de la psique sino una dispensa normativa, por la cual el orden jurídico, no puede hacer un juicio de reproche a una persona a quien, una causa de miedo le turbe su capacidad de control, lo cual sin desconectarse totalmente de la esfera psíquica, hace de manera preponderante incidencia en la voluntad de la persona. El miedo que genere esta situación de cometer una conducta disvaliosa, no puede ser considerado como cualquier situación de pavor, sino que tiene que tener una entidad, que es ordinariamente calificada de “insuperable”, y ello debe ser entendido como de imposibilidad de vencimiento, respecto de la situación psicológica de la persona que puede alterar su capacidad de frenación, de ahí que el miedo, este constituido por una especial forma de afectación, que no se limita al simple temor, formando una especie de pánico, en virtud de ello, el fenómeno que provoca ese estado de terror, también debe tener cierta entidad la cual se exige que sea grave, actual o inminente y real, siendo estos los supuestos objetivos que deberán examinarse, en relación al aspecto subjetivo del sujeto, de no haber una causa de miedo realmente existente, deberá valorarse la cuestión del error y la superabilidad del mismo.

Por último, concurren dos cuestiones altamente debetidas y polémicas, que no pueden dejar de mencionarse, la primera de ellas se corresponde con la antigua formula de la “obediencia debida”, la cual ha sido altamente cuestionada, por su forma legitimadora de graves violaciones a los derechos humanos, y que adopta la formula actual de la orden no legítima de autoridad, aunque se plantea que la situación, puede resolverse dependiendo del caso en particular, por un error prohibitivo, en caso de que la orden aparezca con visos de legalidad, como una situación de inexigibilidad por coacción, o como una forma especial de autoría mediata de autor tras el autor en órganos de poder, que no genera ninguna excención de culpabilidad para ninguno de los actuantes. Otro aspecto también álgido, es la de los hechos realizados por los objetores de conciencia,

en el cual se comete un hecho delictivo contrario a los bienes jurídicos, que informan las normas penales, por que el sujeto activo tiene una convicción respecto de la validez de las normas jurídicas, tal caso es una situación límite y debe ser examinado pulcramente en la situación particular del objetor; de igual manera se distingue entre objetor de conciencia y el llamado “delincuente estricto por convicción” cuya situación es más compleja y más difícil de considerar.

VII) Colisión de Deberes. El precepto por su forma de redacción exige: 1) que exista una colisión de deberes; 2) que sean deberes de realización –acción– ; 3) que solamente pueda cumplirse con uno de los deberes; 4) que el cumplimiento de ambos deberes sea coetáneo, regla que debe ser interpretada flexiblemente en cuanto a la simultaneidad; 5) los deberes pueden ser de diversa jerarquía; 6) el aspecto subjetivo de salvaguardar un deber. Salvo el caso de deberes no sincréticos, que ante la exigencia del precepto, de ser deberes de realización –de acción– quedan fuera del supuesto por tratarse de deberes heterogéneos –deber de acción y deber de omisión – por lo cual su solución puede presentarse, o por el cumplimiento de un deber o por un estado de necesidad, según sea la opinión que se sostenga. Es apreciable la situación de error, en caso de que no exista el conflicto entre deberes, la solución del mismo dependerá de la postura que se asuma en materia de error.

161

28

ERROR INVENCIBLE Y ERROR VENCIBLE

El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de la responsabilidad penal, exime de ésta. Si el error fuere vencible, se atenuará la pena en los términos expuestos en el artículo 69 de este Código.

Aun cuando el epígrafe que nombra al precepto se refiere al error vencible y al error invencible, resulta más clarificadora su exposición en atención a las dos figuras jurídicas

que en realidad comprende: el error de tipo (primer párrafo) y el error de prohibición (segundo párrafo).

El error de tipo, como problema de *tipicidad*, porque afecta a algún elemento esencial de la infracción, o el error de prohibición, como problema de *culpabilidad*, por la creencia errónea de obrar lícitamente, son estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad criminal en distinta medida según que la motivación de la errónea creencia sea vencible o invencible.

Error de tipo

Como quiera que el dolo que corresponde a cada conducta delictiva definida legalmente (dolo típico) requiere *conocer la situación que se describe*, si se desconoce alguno o todos los elementos del tipo (situación de error), el dolo necesario para la realización del delito estará ausente.

Al lado de esa noción, centrada exclusivamente en el conocimiento, también puede apuntarse que en el error de tipo el sujeto yerra sobre el peligro concreto que supone la realización del tipo.

162

Anteriormente se hablaba por la Doctrina de error de hecho, pero ello resulta incompleto, toda vez que el tipo puede contener tanto elementos de hecho como de Derecho (elementos normativos jurídicos) y el error sobre todos ellos tiene el mismo tratamiento.

El error puede ser vencible o invencible

El *error vencible* es el que se hubiera podido evitar de observar el debido cuidado; el nivel de exigibilidad para definir dicho cuidado se determinará poniendo en relación las circunstancias materiales del hecho y las subjetivas del sujeto, es decir, sus *circunstancias sociológicas y culturales*, a la vista de sus conocimientos técnicos, profesionales, jurídicos y sociales, así como la posibilidad que el sujeto tiene de ser instruido o asesorado sobre su actuación profesional o particular.

El *error invencible* no se hubiera podido evitar ni aun aplicando la debida diligencia.

Cuando el Código se refiere al hecho como objeto del posible error, en ello hay que incluir tanto los elementos jurídicos del tipo como las causas de justificación, aunque éstas últimas son sistemáticamente tratadas en el segundo párrafo del precepto.

El error puede recaer por tanto sobre los elementos esenciales del tipo, pero igualmente sobre los *elementos accidentales*, como es el caso de *los que sirven para elevar o disminuir la pena*. El Código no contiene una expresa regulación de la materia, pero es guía para encontrar una solución lo dispuesto en el art. 67, que determina que las circunstancias y cualidades que afecten a la responsabilidad del sujeto sólo se tendrán en cuenta respecto de *quien hubiera actuado determinado por las mismas, lo cual parece presuponer su conocimiento*, conocimiento al que, en su eventual defectuosidad, le debieran ser aplicadas las mismas consecuencias que cuando ello se refiere al hecho típico mismo. El problema que subyace es que, al carecerse de regulación, se presentan serias dudas acerca de si el efecto del error vencible es similar al del error invencible; la redacción del art. 67 es categórica cuando exige que la circunstancia determine la actuación del sujeto para ser apreciada (con efecto agravatorio o atenuatorio), por lo que, existiendo error, de cualquier clase que sea, parece que debe concluirse que la circunstancia no determinó la actuación del sujeto, no debiendo ésta apreciarse.

El *efecto del error vencible* es que excluye el dolo, pero no la imprudencia, lo que implica que si ésta es punible en el delito de que se trate será castigado en su modalidad imprudente; en caso contrario, la solución será de impunidad.

El *efecto del error invencible* es la impunidad, pues al excluirse tanto la actuación dolosa como la imprudente no hay posibilidad de castigar la conducta (art. 4 del Código).

163

El error presenta varias *modalidades*:

A) *Error sobre la persona*: Se confunde a la víctima, tomándola por otra persona.

Si se trata de persona que goza de especial protección desde un punto de vista penal y el atentado en realidad se dirige contra otra no afectada por esa protección especial, el hecho se califica conforme al supuesto general (no el de protección especial) que recoja el ataque.

Si el error recae sobre persona protegida de la misma forma, el error carece de relevancia y se aplica la consecuencia penal que lleva aparejada el tipo de ataque que se realiza.

B) *Error sobre el proceso causal*: Se quería causar un resultado pero por una vía distinta a aquélla por la que finalmente se produce.

Si se rompe la relación causal entre la conducta efectivamente realizada y el riesgo que lleva aparejado y el resultado que finalmente se produce, el actuante sólo responderá de lo que él intentó y no consiguió por la vía pretendida, sin responder por lo que

finalmente acaeció por una vía completamente ajena al curso causal que él puso en juego.

Ejemplo de lo anterior sería el caso de quien desea matar a otro y le dispara a tales fines, no consiguiendo otra cosa que herirle, mas cuando es trasladado en una ambulancia a un Centro sanitario ésta sufre un accidente que causa la muerte del herido por exclusivo efecto del mismo; el autor del disparo responderá de un homicidio intentado y no de un homicidio consumado.

Si no se rompe esa relación causal, el error resulta irrelevante y el hecho mantendrá su calificación jurídica.

Ejemplo de lo anterior sería el caso de quien desea matar a otro con un disparo en la cabeza, impactando éste sobre el corazón y produciéndole la muerte, lo que no trastoca la responsabilidad del autor por un homicidio consumado.

C) *Error en el golpe*: El autor yerra la dirección del ataque que expresamente dirige contra aquél cuyo bien jurídico quería lesionar y acaba por lesionar el de otro sujeto que no era objeto de su plan.

164

Aquí hay soluciones diferentes, pues, desde un punto de vista, se mantiene que si los bienes jurídicos de los dos sujetos son similares el error es irrelevante, mientras que, desde otro punto de vista, se sostiene una situación concursal entre un delito doloso intentado (el referente al ataque fallido) y un delito consumado en forma imprudente (el correspondiente a la lesión perpetrada y no querida), siempre que esa forma comisiva y bien jurídico estén expresamente penados en su forma imprudente; excepcionalmente, podría darse el caso de que el delito consumado fuese contemplado bajo dolo eventual por el agente.

Ejemplo de lo anterior sería el caso de quien desea matar con un disparo a una persona, pero su mala puntería hace que impacte sobre otra persona situada cerca de él, a quien ocasiona la muerte; la primera solución apuntada consideraría la existencia de un delito de homicidio consumado, mientras que la segunda apreciaría una relación concursal entre un homicidio doloso intentado y un homicidio imprudente consumado.

Error de prohibición

Se parte de la premisa de que el sujeto debe saber o poder saber que su conducta se halla prohibida por la ley.

Del mismo modo que en el error de tipo, también se habla aquí de *error vencible e invencible*, con consecuencia de impunidad para el segundo y de minoración punitiva para el primero.

Una vez probada la ignorancia o el error, el juicio sobre si era o no evitable es cuestión que debe abordarse atendiendo tanto a si el sujeto tuvo razones para suponer la ilicitud de su conducta como si tuvo a su disposición la posibilidad de aclarar la situación jurídica, pero teniendo siempre en cuenta que no es preciso que el sujeto tenga seguridad respecto a que su proceder sea ilícito, sino que basta con que tenga conciencia de que hay una alta probabilidad de que sea así, por lo que es prácticamente imposible concebirlo en aquellas situaciones cuya ilicitud sea notoria y generalizada en la sociedad.

El precepto, en lo que a lo presente afecta, se desarrolla sobre dos *supuestos*:

- El error sobre “*el hecho constitutivo de la infracción penal*”, que no es el hecho concretamente realizado por el sujeto, sino la conducta que, en general, el tipo penal considera ilícita: a título de ejemplo, no es que el sujeto no se percate de que está disparando contra alguien (lo que sería un error de hecho), sino que desconoce que el homicidio es ilícito.

165

En este caso hay que incluir tanto *que el sujeto desconozca la existencia de la norma como que la conozca pero yerre sobre su alcance*.

- El error sobre los presupuestos de una *causa de exclusión de la responsabilidad penal*, ya que el hecho prohibido por la ley se integra tanto por la situación que describe el tipo delictivo como por la ausencia en dicha situación de hechos justificativos de una exclusión de la pena: a título de ejemplo, el sujeto cree que está siendo objeto de una agresión ilícita y ante ello se defiende creyéndose amparado por una legítima defensa.

En este caso hay que incluir tanto la suposición errónea de una causa de justificación como la suposición errónea de sus presupuestos.

El *art. 69 del Código* contiene una expresa *norma punitiva* reguladora de la situación cuando se trata de error vencible que comporta siempre una punición por debajo de lo que correspondería al delito doloso.

JURISPRUDENCIA.

“La situación del denominado error de tipo, cuando concurre tiene por circunstancia esencial afectar el dolo, con lo que, si este elemento de lo subjetivo perteneciente a la tipicidad, se encuentra afectado por una situación errática, la imputación en el ámbito de lo subjetivo podría verse modificada de un actuar doloso a uno culposo, atendiendo al grado de vencibilidad del error. Es importante anotar, que la situación de error, cuando se considera a nivel de tipicidad, puede cubrir cualquiera de los aspectos que informan el tipo penal, puede recaer sobre elementos que estructuran el tipo penal, afectando el dolo que debe de manera actual cubrir cada uno de esos elementos para que la conducta pueda ser imputada bajo la nominación de un actuar doloso. De tal manera que si el dolo esta constituido por conocimiento del supuesto de hecho típico, en cuanto facticidad que se desarrolla en la realidad y por la voluntad del querer realizar esa realidad a partir de la propia conducta, una situación de error deberá afectar cualquiera de esas dos circunstancias o bien el conocimiento de la realidad que se presenta, que es percibida de manera errática por el sujeto activo o bien sobre la voluntad de realización de esa realidad que se percibe. (T.S. 3° S.S., 05-03-03)

166 “El segundo elemento de la culpabilidad, es la llamada “conciencia de lo ilícito” supone una ponderación normativa sobre la capacidad del sujeto activo para enjuiciar su comportamiento como prohibido penalmente. En palabras llanas cuando el juez se pregunta si el imputado tenía potencialmente conciencia de la ilicitud, lo que está examinando es si razonablemente el imputado sabía que matar es un acto delictivo y por ende prohibido como delito. Tal examen no requiere que el conocimiento del sujeto sea actual y preciso, lo que se valora es si al imputado le es exigible este juicio de valor, es decir si debe estar potencialmente informado que matar es delito. Lo anterior lo afirmamos por que, quien comete un hecho desconociendo que tal actividad es prohibida como delito, puede incurrir en un error de prohibición directo, siempre que respecto de los deberes de información, sea plausible tal desconocimiento. (T.S. 3° S.S., 19-07-02)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

A) ERROR DE TIPO. Respecto de los elementos de carácter normativo, por su alto contenido valorativo, se ha debatido, si su conocimiento corresponde al dolo; ello por que la estructuración de los elementos normativos de la tipología penal, es compleja en cuanto a su tratamiento; en principio los elementos normativos son divididos en: (a) elementos normativos jurídicos, dentro de los cuales se connota, los elementos jurídico-penales y los extra-penales; (b) los llamados elementos de sentido; (c) los denominados elementos de valor (Díaz y García Conlledo, 1999: 68/69). El problema fundamental,

gira en determinar si los errores que se pueden presentar respecto de los elementos normativos del tipo penal, en atención al grado de abstracción que requieren, deben ser tratados como errores de tipo, como un error de prohibición, o si constituye una especial categoría sobre la base del error de sub-sunción, partiendo de una visión tripartita del error, en el sentido de error sobre el supuesto de hecho (error de tipo) error respecto de la valoración de la conducta prohibida (error de prohibición) y error de sub-sunción, aunque –debe aclararse– esta postura no es aceptada en la doctrina mayoritaria, que considera al error de sub-sunción un especial error de prohibición (Díaz y García Conlledo, 1999: 80).

Otro aspecto importante, es el de los elementos que constituyen la norma de reenvío en los tipos penales en blanco, en tal caso, al ser la norma referida parte de la norma referente, le son aplicables los mismos efectos del error en el tipo penal, de ahí que si la equivocación recae, sobre algún elemento de la norma de reenvío, se deriva un error de tipo, si al contrario, es sobre la certidumbre de la norma referida, en cuanto a que existe como prohibición, se da un error prohibitivo.

Dentro de los ámbitos del error se encuentran: a) el error sobre la conducta o sobre el objeto, excluye la tipicidad si es invencible, si es vencible, puede generar la imputación de un delito imprudente, si el error es respecto del objeto, pero este no existe, ocurre lo que se denomina error de tipo al revés (delito imposible) el cual no es punible.

167

b) El error sobre el curso causal. En este punto, pueden concurrir aspecto de relevancia, por cuanto el autor, debe entender el hecho típico en su desarrollo, y las consecuencias que provocará –que son las quiere el autor– lo cual significa llanamente, que el autor debe conocer que su conducta, producirá un resultado, de ahí que, cuando haya desviación de un curso causal de la acción al resultado, puede generarse una situación errática que será esencial, si afecta el aspecto típico subjetivo del agente. Un caso importante es aquel error en el cual, el resultado es una consecuencia distinta, de la que el autor había considerado, el cual cree que con su conducta querida –la que es dolosa– ha colmado el resultado –y este no ha acontecido– y con la conducta posterior –la cual ya no es dolosa en el sentido típico– el resultado es sobrevenido. Un sector de la doctrina, se inclina por un concurso delictivo, entre delito tentado –el inicialmente cometido que no concretó un resultado– y delito imprudente –el cual ya no estaba cubierto por el dolo pero precipitó el resultado–; en cambio otra línea de pensamiento –que es mayoritaria– entiende que las dos conductas, conforman una acción total, por cuanto el dolo colma todo el suceso, desde el inicio hasta el final, y por ende se dice, que se trata de un mismo dolo, el llamado *dolus generalis* es decir un dolo general que ha cubierto todo el hecho y por cuanto el error es inesencial (Jescheck, 1993: 282).

Sobre el error llamado en el objeto o *vel in objeto*, debe indicarse que se trata de un error sobre el objeto en el cual recae la acción, pero la conducta alcanza al objeto percibido, aunque el equivoco es sobre la misma identidad, pues se trata de un objeto distinto, si se trata de bienes jurídicos que tutelen el mismo objeto, el error es irrelevante y debe considerarse un único delito, si hay causas agravatorias, sólo se estiman, si concurren en el otro objeto de manera individual, a menos que sean indiferenciadas. Cuando concurre una no igualdad valorativa, si el resultado acontecido es más grave, la falta de dolo que cubra la circunstancia agravatoria, impide su imputación a título más gravoso; si el error hace concluir en una conducta menos gravosa de la esperada, se indica que concurre la tentativa por el delito doloso, y se imputa un delito culposo si el hecho menos grave esta sancionado de esa forma (Jescheck, 1993: 279/280)

168

En el caso del error que recae sobre la trayectoria del golpe –*aberratio ictus*– por el cual, el autor provoca un resultado sobre un objeto distinto, del cual quería injuriar –que por regla general es un error no esencial– se indica que el caso debe resolverse, sobre la base de un concurso ideal (Jescheck, 1993:281) entre delito imperfecto sobre el cual erró y delito imprudente sobre el cual acertó, para ello deberá determinarse si los bienes jurídicos son homologables conforme al principio de igualdad valorativa, es decir de “equivalencia cualitativa” (Wolter, 1991:124) ; en este caso se indica que no aplica la solución del *dolus generalis*, por que el resultado provocado en el sujeto afectado no ha sido querido, salvo que concorra dolo eventual.

c) Error sobre circunstancias agravantes o atenuantes. Como se expuso, el dolo tiene que cubrir las circunstancias calificantes, sea que agraven o atenuen el injusto o la culpabilidad, empero, el recaimiento del error es distinto en ambas situaciones. Si se trata de error sobre una circunstancia atenuante, que el sujeto cree concurrida, cuando en verdad la misma no acaece, el efecto es que el sujeto pasivo debe ser sancionado por la conducta atenuada, por que es la que se ha representado, y por la cual debe hacerse posteriormente su reproche; si por el contrario, la causa de atenuación concurre objetivamente, pero el sujeto la desconoce la solución corresponde a no apreciar el tipo penal atenuado, cuando dicha calificante se vincula a la culpabilidad como atemperadora de la misma, pero si es una circunstancia que atenuaría el injusto si debe aplicarse, aunque el sujeto no la conozca, por cuanto la figura más gravosa, no podría nunca aplicarse por que típicamente no ha concurrido, de ahí que se aplique la figura atenuada. Si se trata de circunstancias que agravan la pena, sólo el conocimiento de las mismas circunstancias, podrá cualificar el delito, ello en virtud del principio de culpabilidad que sólo permite reprochar lo que subjetivamente se conoce, lo cual normativamente encuentra su apoyo, en la comunicabilidad de circunstancias y cualidades las cuales además de concurridas deben estimarse conocidas (art. 67 CP).

Si el error de tipo es invencible, siempre excluirá la responsabilidad penal, aunque pueda imputarse la responsabilidad civil en la sede correspondiente. Si el error de tipo es vencible, sólo excluye el dolo, es decir el hecho ya no es posible imputarlo como doloso, pero puede imputarse como un hecho imprudente, cuando el sujeto pudo observar una conducta cuidadosa, y por ende haber salvado la situación errática; empero tal imputación culposa, sólo procede si la conducta inicial admite la forma culposa, de lo contrario la conducta es impune. Si el error es vencible, y procede imputarlo culposamente, ello no significa una condena automática por el delito imprudente, para ello deben ser satisfechos todos los elementos del delito culposo, desde su tipicidad hasta la afirmación de la culpabilidad por el delito imprudente.

B) ERROR DE PROHIBICIÓN. Esta forma de error, ya no recae sobre el carácter típico del hecho, en el sentido de sus elementos constitutivos; sino que recae sobre la ilicitud de ese hecho. Es decir, el sujeto tiene una falsa representación sobre que el hecho sea ilícito o no. De ahí que, si la culpabilidad en uno de sus elementos, presupone que el sujeto conozca la antijuridicidad de su hecho, el desconocimiento de tal situación, genera una no conciencia de ilicitud, respecto del hecho realizado y en tal sentido, un derecho penal erigido sobre el principio de culpabilidad, no puede imponer pena, a una persona que no ha tenido conciencia de lo ilícito, y por lo tanto que no ha podido ser motivada por la norma, para actuar conforme a la misma. En atención a ello, cuando el error de prohibición en esta modalidad, recaiga sobre la conciencia de lo antijurídico, excluirá la misma, cuando es invencible; tradicionalmente se distingue entre error de prohibición directo y error de prohibición indirecto (Campos Calderón, 2001, 74/75)

169

28-A

ACCIÓN LIBRE EN SU CAUSA (9)

No podrá ser excluido de responsabilidad penal aquel que haya buscado colocarse en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas u otras sustancias que produzcan efectos análogos, con el propósito de cometer un delito o cuando se hubiese previsto la comisión del mismo. (9)

El acto del sujeto es libre en su origen ya que el agente lo idea y provoca antes de colocarse bajo las descritas circunstancias de intoxicación, es decir, la ideación y provocación suceden bajo una plena imputabilidad, que luego aparentemente se

destruye o enmascara a través de la repetida intoxicación, falazmente acreedora de una exclusión de responsabilidad amparada en el artículo 27.4) del Código.

El sujeto busca o quiere la situación y la instrumenta al servicio del delito, por lo que dicha intoxicación plena no excluye la responsabilidad por la conducta voluntaria anterior, es decir, la exigencia de que el sujeto sea imputable no se refiere al momento en que se delinque (se realiza o se omite un comportamiento) sino que se aplica a otro anterior.

La acción típica es en realidad aquélla que busca la desaparición de la capacidad de culpabilidad del sujeto y no tanto la descrita en el tipo penal concreto, aunque, obviamente, el juicio de reproche a ella hace referencia.

Se está ante una actuación dolosa si el sujeto quiere la intoxicación y la lesión del bien jurídico afectado. Se está ante una actuación imprudente (cuya punición dependerá de la expresa tipicidad) si el sujeto quiere la intoxicación, pero no la lesión, si bien en este caso entrarían en juego eventuales situaciones fronterizas de dolo eventual o culpa consciente, a las que nos hemos referido en otros lugares más expuestos, valorándose la previsibilidad o evitabilidad del resultado finalmente producido, por lo que la estricta redacción del precepto debe interpretarse adecuadamente entendiendo que la comisión del delito, bien se ha previsto, bien se ha podido prever, bien se ha debido prever.

No es suficiente que la intoxicación se haya provocado para cometer cualquier delito, sino que la misma ha de haberse preordenado a la comisión del hecho que se ha realizado concretamente.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Siguiendo el contenido del precepto, podría plantearse una *actio liberae in causa* (ALIC) de especie dolosa y una de contenido imprudente. En el ámbito de la ALIC dolosa deben concurrir los presupuestos siguientes: a) que el sujeto se haya colocado en un estado de intoxicación plena por el consumo de sustancias que afecten su capacidad psíquica; b) que consecuencia de ese estado el sujeto sea inimputable al momento de cometer el hecho; c) que dicho estado de intoxicación haya sido buscado de propósito para cometer un delito, el cual debe ser un delito determinado; 4) que el delito tenga un inicio de ejecución. En estos casos, aunque el sujeto haya actuado en un estado de inimputabilidad, la responsabilidad penal no puede ser excluida, pero todos esos elementos que se han señalado, deben ser probados como situaciones de hecho, los mismos no pueden especularse, es decir carecer de un presupuesto objetivo probatorio. De ahí que, si por ejemplo, no se demuestra que la intoxicación ha sido de propósito para cometer un determinado delito, no procede imputar responsabilidad por concurrencia de ALIC.

De la intelección del precepto, es posible derivar una fundamentación para los delitos imprudentes en caso de ALIC, pero debe considerarse aquí la formula utilizada “o cuando hubiese previsto la comisión del mismo”. En términos dogmáticos, la cuestión de exigir que el sujeto haya previsto la comisión del delito, involucra únicamente a la culpa representada, en la cual, el sujeto si ha previsto la situación de hecho aunque no la afirma como un resultado querido; al contrario, la culpa inconsciente, se caracteriza por su falta de previsibilidad, en ella el sujeto no prevee, cuando debería de haberlo hecho, de ahí que la exigencia de ALIC, de vincular la concurrencia efectiva de la previsibilidad, importa considerar únicamente la culpa representada, no quedando comprendidos los casos de culpa inconsciente; en tales casos, no sería aplicable la excepción de la ALIC, por lo cual se impone entender como inimputable a quien ha actuado con culpa inconsciente cometiendo un delito imprudente, salvo el límite de la culpa por asunción como cuestión propia del delito imprudente, en el modelo asumido por el legislante, esa es la consecuencia que se deviene respecto de la inclusión de la previsibilidad.

CAPÍTULO III

CIRCUNSTANCIAS QUE MODIFICAN LA RESPONSABILIDAD PENAL

SECCIÓN PRIMERA

29

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

Son circunstancias que atenúan la responsabilidad penal:

INFERIORIDAD PSÍQUICA POR INTOXICACIÓN

- 172 1) Estar el culpable en estado de intoxicación alcohólica o de otra índole que, sin ser preordenada al hecho, no llegue a tener plenitud de efectos sobre el sujeto;**

El precepto hace referencia de una forma genérica a la *afectación del sujeto por la previa ingesta de cualesquiera sustancias que tengan la virtualidad de afectar la capacidad de la persona para comprender su actuación o para autodeterminarse en base a dicha comprensión*, pero siempre desde la premisa de que *el sujeto no haya provocado dicha situación con el propósito de llevar a cabo su conducta delictiva o que, alternativamente, hubiera debido prever que al ingerir la sustancia ello le iba a llevar a actuar de tal forma penalmente relevante*, ya que ello supondría que respondiera penalmente un sujeto que actúa en estado de inimputabilidad. Si el sujeto ha provocado la situación para delinquir responderá por un delito doloso, mientras que en el otro caso habrá que discernir si su actuación se produjo bajo dolo eventual o de forma imprudente -en este caso, siempre que esté expresamente castigada la imprudencia.

La intoxicación de que habla el precepto excluye la intoxicación plena, la cual -utilizando los términos del art. 27.4)- colocaría al sujeto en situación de no comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, situación calificable como excluyente de la responsabilidad.

El consumo excesivo de *alcohol* y sus efectos mueven sus consecuencias entre la posible incardinación como causa excluyente de la responsabilidad y la atenuación de la misma.

El alcoholismo habitual puede desembocar en auténticas enfermedades mentales y lesiones cerebrales a calificar como enajenaciones mentales o graves perturbaciones de la conciencia (art. 27.4), perturbaciones a las que igualmente se llega en el caso de intoxicación plena, la cual sólo se debe corresponder con meras omisiones del sujeto que las padece o secuencias de hechos sumamente sencillas.

Frente a los anteriores supuestos, la aplicación del precepto en estudio cobra pleno vigor en los casos en que la intoxicación no es plena ni por tanto la perturbación de la capacidad de comprensión y autodeterminación, existiendo todavía una posibilidad de aplicación de la atenuante analógica del número 5 de este mismo artículo cuando nos encontramos ante una mera disminución leve de la voluntad por un parejo grado de intoxicación.

La referencia a *intoxicaciones de otra índole distinta a la alcohólica* supone el acogimiento por el Código de las drogodependencias, sin que el texto haga una concreta enumeración de productos idóneos para producirlas.

173

Lo mismo que puede ocurrir con el consumo reiterado de alcohol, el de otras drogas puede llegar a producir en el sujeto consumidor una auténtica psicosis, con el correspondiente deterioro cerebral incardinable en la enajenación mental del número 4 del artículo 27 o un puntual estado de anulación de las facultades del sujeto a calificar como grave perturbación de la conciencia en el mismo precepto. De forma paralela a como exponíamos respecto al consumo de alcohol, deterioros inferiores, bien por la naturaleza de la droga, el tipo de ingesta o la relación de ello con el estado del propio sujeto, pueden conducir a perturbaciones acreedoras de la aplicación de la atenuante en estudio o de la analógica del número 5 de este mismo precepto.

Se trata, como se ve, de *supuestos meramente valorativos* en los que las fronteras no se encuentran claramente definidas, por lo que habrá de ser el juzgador en cada caso el que dé a cada supuesto de hecho una u otra valoración jurídica, pero siempre teniendo en cuenta que no cabe hacer valoraciones abstractas de la situación del sujeto, completamente desligadas de los hechos que se enjuician, de tal manera que cada secuencia de hechos, por su naturaleza, complejidad y carácter del bien jurídico en juego, exigirá un distinto grado de comprensión, así como la capacidad de reacción del sujeto que se enfrenta a su realización será distinta, encontrándonos con supuestos en

los que este tipo de disminución será especialmente oportuna para la comisión del hecho, mientras que en otros precisamente tal estado lo dificultará en vez de propiciarlo.

El complejo mundo de las drogas, continuamente surgiendo sustancias de distinta naturaleza, cuyos efectos incluso no están todavía plenamente determinados, obliga a estar especialmente atento a la hora de llevar a cabo una valoración jurídica concreta de la situación: cada droga tiene sus propios efectos que potencian o disminuyen facetas distintas del comportamiento humano; el tipo de ingesta, el tiempo de la misma y hasta la eventual relación con otros posibles componentes peculiares del sujeto suponen una distinta trascendencia que tiene que valorarse en cada caso para evitar fáciles e injustos automatismos. Ha de detallarse la individualizada situación del sujeto en el momento de cometer los hechos y el eventual efecto de la drogodependencia o la intoxicación en la capacidad intelectual y volitiva de la persona que se enfrenta a una situación. Por lo general, puede resumirse que, o bien el sujeto determina su actuación a la realización de actos encaminados a la consecución de la droga, o bien la drogodependencia se asocia a déficits del psiquismo del agente, interaccionando de forma diferente con los mismos, o bien la continuidad y antigüedad del consumo han deteriorado la personalidad del sujeto, o bien la concreta ingesta del tóxico incide directamente en el momento de la actuación en mayor o menor medida, sin que necesariamente la condición de toxicómano del sujeto deba comportar una minoración de la responsabilidad, por existir la posibilidad de que en el caso concreto ello ni potencie ni disminuya sus condiciones.

174

EXCESO EN LAS CAUSAS DE EXCLUSION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

2) El exceso de los límites establecidos para las causas de exclusión de la responsabilidad penal comprendidos en los números 1, 2 y 3 del artículo 27 de este Código, cuando no lo ocasionare una excitación o perturbación que lo hicieren excusable;

El cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho o actividad, la defensa legítima y el estado de necesidad -todos ellos definidos en los tres primeros números del art. 27- pueden convertirse en atenuantes si no se cumplen íntegramente los requisitos para la aplicación de los mismos como lo que son en esencia, circunstancias excluyentes de la responsabilidad. Pero, aun sucediendo ello así, puede no ser impeditivo de la aplicación plena de la causa excluyente si la persona que actúa en las circunstancias descritas en esos supuestos no se acomoda a tales límites en atención al hecho de encontrarse influido por circunstancias que alteren su capacidad para aprehender adecuadamente tales circunstancias o, aun siendo ello posible, comportarse

de acuerdo con esa aprehensión de la realidad, siempre, por supuesto, que la alteración a que se hace referencia pueda entenderse justificada y justificante.

El precepto resulta especialmente complicado de apreciar en atención a dos cuestiones: en cada circunstancia debe delimitarse (al menos a efectos prácticos) lo que resulta *esencial* y lo que resulta *accidental* para la apreciación de la misma, de modo que sólo en cuanto a lo segundo puede entenderse que cabe una extralimitación en la actuación del sujeto, mientras que ha de mantenerse inalterado el núcleo fundamental de lo que sea cada una de las situaciones descritas, la *razón de ser* de las mismas. Por otra parte, si lo anterior no resulta siempre sencillo en la práctica, a ello se suma el que, determinada la eventual extralimitación, no basta tal situación objetiva para concluir si la atenuante se aplica o no, sino que ha de indagarse todavía en si esa extralimitación se ha producido por lo que el Código denomina una “excitación o perturbación” del sujeto, lo que nos lleva a analizar combinadamente tanto la realidad que le ha rodeado al actuar como la incidencia de la misma en su capacidad de comprensión y autodeterminación, aspecto especialmente problemático al introducirnos en los tortuosos caminos de lo subjetivo, pero aún más dificultoso si se tiene en cuenta que el juicio de valor todavía no estará concluido si consideramos que no todas las situaciones idóneas para la producción de esa alteración serán amparables (no tienen el mismo valor la ceguera de la codicia o el odio y la ceguera del instinto de conservación al sentirse ilegítimamente agredido). No obstante las indudables dificultades que este segundo extremo entraña, hace llamada sin duda a un importante elemento y es que se requiere *que el sujeto haya obrado culpablemente*, es decir, reprochablemente, *a la hora de no dar pleno cumplimiento a las circunstancias cuya concurrencia podría haber excluido íntegramente su responsabilidad*.

175

La propuesta de actuación se resume pues de la siguiente forma:

1º) *Deslindar los elementos esenciales y accidentales* de cada una de las circunstancias y comprobar su concurrencia, pero sin olvidar nunca el *fundamento de la causa excluyente*, de manera que la tarea interpretativa no se convierta meramente en una desmembración de sus requisitos. No se pueden amparar conductas que conscientemente se desvían de la razón de ser que tiene la actuación jurídicamente protegida para sencillamente aprovechar actuaciones de otros o circunstancias que tan sólo formalmente sitúan al sujeto ante una posibilidad de lesionar bienes ajenos amparado por el derecho (como supuesto gráfico, piénsese en quien aprovecha la ilegítima agresión de otro para causarle la muerte, siendo ello una respuesta innecesaria para neutralizar el ataque).

2º) Detectar eventuales *alteraciones del psiquismo* del agente, algunas veces incardinables en los parámetros descritos en el supuesto del art. 27.4) del Código y otras en el supuesto del art. 29.3).

3º) Remitiéndonos a lo que en el comentario a cada uno de los supuestos mencionados en el número anterior se expone y para el caso de que se haya incumplido alguno de los elementos accidentales, dilucidar *si la alteración psíquica del sujeto está o no amparada legalmente*, teniendo en cuenta que ha de haber una *relación estricta de causa-efecto entre dicha alteración y el hecho de no respetar los límites descritos*. Por ello, la consecuencia es que si falta algún presupuesto para la exclusión íntegra de la responsabilidad, ello puede tener su origen en la concurrencia de una circunstancia excluyente de la culpabilidad, eximiéndose entonces al sujeto de responsabilidad, mientras que si no se dan plenamente los requisitos de exclusión o nos encontramos ante un estado pasional motivador de ello, se mantendrá la atenuante.

176

En el caso de la *legítima defensa* (art. 27.2)], la *agresión ilegítima* es el factor esencial, mientras que los otros elementos se configuran como accidentales: bajo agresión ilegítima, el exceso en la defensa (en relación con la necesidad y proporcionalidad del medio empleado para repeler la agresión) o la previa provocación del actor pueden dibujar una actuación excesiva calificada como atenuante, si bien estimamos que la persona debe obrar movido por la concreta intención de defender un bien personal amparado legalmente.

También en el caso del *estado de necesidad* la redacción que del mismo se da en el art. 27.3) supone la suma de una serie de requisitos, de entre los cuales el núcleo esencial e insoslayable es la existencia de una situación en la que *el sujeto se vea sometido a la inminente puesta en peligro de bienes jurídicos que no puede salvaguardar de forma lícita*. A partir de ello, podremos considerar que la lesión de bienes de mayor valor que el salvaguardado, la desproporción entre riesgo y conducta, es decir, el exceso, o la conculcación del propio deber de afrontar el peligro serán los elementos accidentales cuya eventual concurrencia -aislada o acumulada, lo que incidirá sobre la individualización de la pena- dará eventualmente lugar a la apreciación de la atenuante.

La *circunstancia excluyente descrita en el número primero del art. 27* tiene mayores dificultades de definición que las anteriores por ser forzosamente distinta la técnica legislativa con que se describe, no tan claramente desmembrada como en las otras circunstancias. Básicamente la línea diferencial entre la exclusión completa o incompleta radica en tener en cuenta lo siguiente: primero habrá que definir el contenido del deber o del derecho o las pautas de la actividad, considerando abstractamente cuáles son las posibilidades de actuación que ello permite al sujeto en el caso concreto al que se

enfrenta, apreciando después en la práctica las eventuales desviaciones o extralimitaciones que lesionan indebidamente o en exceso bienes jurídicos ajenos (lo que resulta penalmente relevante), siempre, en cualquier caso, que el sujeto haya actuado movido por la intención o creencia de obrar bajo el amparo de su deber o derecho y no instrumentando estos para dar aparente cobertura a fines en realidad abyectos.

ESTADOS PASIONALES

3) El que obra en un momento de arrebató, observación o bajo el impulso de intensa emoción provocada por un hecho injusto efectuado contra él, su cónyuge, compañero de vida o conviviente, ascendientes, descendientes o hermanos;

El precepto contempla alteraciones que suponen la *disminución de los presupuestos de la imputabilidad*: la plena conciencia de la realidad y la capacidad para autodeterminarse con arreglo a ello, con mayor incidencia en esto último, pues es perfectamente posible que el sujeto obre desde una perfecta comprensión de la realidad, que es lo que precisamente le predispone a adoptar determinados comportamientos.

No se hace tanto hincapié pues en el estado emotivo sino en la *disminución de la capacidad de autorregulación*.

177

El fundamento de estas circunstancias está en las imperfecciones de la naturaleza humana o en una más o menos asumida (o al menos comprendida) relación causal entre ciertos estímulos y ciertas reacciones.

A pesar de indudables dificultades diferenciadoras, el arrebató y la *obcecación* hacen referencia a un estado de furor, exaltación, ofuscación rápida y momentánea, haciéndose más patente en la segunda una figuración y creencia distorsionadas de la realidad. El arrebató tiene mayor parangón con el furor y la cólera, mientras que la obcecación supone una perturbación de mayor persistencia. Lo común en ambos es la *alteración de la personalidad* del afectado, con *reacciones de tipo afectivo o temperamental*, que *trascienden a la inteligencia y a la voluntad del sujeto*.

Mientras que las circunstancias que pueden llevar a uno y otro estado son amplias y el Código no se preocupa por deslindarlas, sí hace lo propio con la otra alternativa que figura en el precepto. Así, la *emoción* hace referencia a una agitación repentina del ánimo, sin duda intensa y breve, pero de menor entidad que el arrebató y la obcecación, del sujeto actuante causada por la *percepción de la injusticia* que tiene como víctima, bien con respecto a sí mismo, bien en relación con las personas referidas en el precepto,

ligadas por lazos de familiaridad o afectividad especialmente cualificados, que le hacen sentir incluso al sujeto lo ajeno como propio.

En este último supuesto -y, en cierta medida, aplicable a los otros- el principal problema radica en fijar si el hecho percibido es realmente injusto y por ello válido plenamente para generar un sentimiento de rechazo por el sujeto; si éste último, sin duda fácilmente dificultado para objetivar situaciones tan cercanas, puede percibir como injustos supuestos que no lo son, y si estos servirían igualmente para amparar las alteraciones producidas. Trasladado ello al ámbito de las primeras situaciones, el parangón se establecería al plantearse si es preciso que la situación generadora del estado sea legítima o ilegítima o responda a sentimientos tras los cuales hay una consideración positiva o negativa; hay que decir que *la causa ha de estar dotada de un cierto carácter ético o al menos amparada por normas socio-culturales*, de modo que no pueda admitirse una reacción de esta naturaleza contra acciones lícitas y justas de la víctima.

178 En principio, es suficiente que los estímulos sean *reales* y hayan provocado en el agente una situación como la descrita, atendiendo a su *particular subjetivismo*, aunque deben despreciarse como idóneos para amparar la situación atenuatoria los estímulos nimios, las reacciones exageradas y las reacciones puramente patológicas, que, no obstante, pueden tener encuadre en otro supuesto. Lo que en cualquier caso está fuera de toda duda es la acreditada *relación de causa-efecto* entre el estímulo y la reacción, así como una *relación temporal* que implique la cercanía entre el motivo y la actuación, de forma que el transcurso del tiempo en estas circunstancias tiende a hacer perder eficacia al motivo como causante de la reacción.

Entendemos que *no es imprescindible que sea la víctima la causante de la reacción con su comportamiento*, pues ni ello es en absoluto requisito fijado por el Código ni es difícil concebir situaciones puramente ambientales en las que precisamente sea la actuación de una persona o grupo lo que acabe derivando reacciones frente a otras en los términos que anteriormente hemos expuesto, sobre todo en una circunstancia en la que el hincapié ha de hacerse no tanto en la dinámica que conduce a la situación sino en ésta misma.

Puede concluirse que, aun con distintas expresiones que responden a circunstancias diferenciadas, nos encontramos ante pasiones y emociones, más o menos duraderas, pero próximas a la causa que las provoca, con una intensidad tal que producen una imputabilidad disminuida.

DISMINUCIÓN DEL DAÑO

4) Haber procurado espontánea y eficazmente evitar o atenuar las consecuencias dañosas del delito; y,

Hay que desterrar cualquier equivocidad respecto a la situación. La circunstancia que se describe parte de la realización de una *conducta penalmente relevante*, sin importar su fase de ejecución, apostilla que se hace para diferenciar el supuesto de lo previsto en el *art. 26* del Código cuando hace una declaración general de impunidad para quien desista voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impida su resultado, a reserva de la trascendencia que puedan tener los actos ya ejecutados.

Por cuestiones de política criminal, lo mismo que el invocado *art. 26* trata de potenciar la evitación de la consumación de conductas potencialmente delictivas, el presente responde a la idea de *potenciar la reparación* del mal causado por el delito, con independencia de cualquier idea de arrepentimiento.

El precepto resulta sumamente generoso en cuanto que establece como resultado alternativo de la acción del agente, bien la *evitación*, bien la mera *atenuación* de las consecuencias dañosas del delito, para lo cual hay que tener en cuenta que tales consecuencias son tanto las que vienen *contempladas en el tipo penal* descriptivo del mismo (p.ej. el menoscabo físico producido en un delito de lesiones, frente a lo que el sujeto obra propiciando la inmediata asistencia médica del lesionado) como aquéllas otras no especialmente contempladas pero que están ligadas a lo que pudiéramos describir como el *impacto personal y social* que cualquier conducta delictiva trae consigo (p.ej. el abono de una cantidad de dinero al lesionado para que haga frente a la pérdida de ingresos mientras cura), con derivaciones traducibles económicamente o simplemente con un contenido personal. Dentro de tan amplio marco, cualquier actuación del sujeto activo para, *por sí mismo o de forma indirecta* (ya que el Código habla meramente de procurar, lo que no parece exigir intermediación), atenuar o hacer desaparecer cualesquiera consecuencias del delito puede llegar a tener carácter atenuatorio de la pena, por lo cual, visto que la fijación de la misma se produce en el momento de dictarse sentencia, podremos decir que tales comportamientos positivos podrán tener lugar *desde la misma comisión del delito hasta el acto del juicio*, previa a ser dictada sentencia.

El Código caracteriza tan sólo la acción del sujeto con dos apostillas limitativas, ya que la misma ha de ser espontánea y eficaz.

Por *espontáneo* ha de entenderse un comportamiento surgido de la voluntad no coaccionada del sujeto, de forma que actuaciones imperativas que puedan llevarse a

cabo en el curso del procedimiento para compeler al sujeto, en su persona o patrimonio, a llevar a cabo comportamientos con la finalidad contemplada no tendrán validez atenuatoria, sin que, como se dijo anteriormente, ello implique en absoluto que haya de existir una especial motivación en el actuar del sujeto, contemplándose exclusivamente la trascendencia material del mismo.

La *eficacia* que se predica hace relación a que las actuaciones llevadas a cabo han de resultar materialmente positivas para la recomposición de la situación alterada por el comportamiento delictivo, aun sin exigir la íntegra reparación. Podemos predicar una doble trascendencia de tal calificación: no bastará el mero actuar o la simple expresión de intenciones, sino que a resultas de lo que el sujeto haga ha de observarse una mejora o restauración relevante del orden perturbado y, por otra parte, a pesar de que el Código se conforma con una mera atenuación de las consecuencias dañosas del delito, la actuación habrá de tener una cierta trascendencia resarcitoria (material o personal), pues muy difícilmente podría decirse que han resultado eficaces comportamientos que apenas han traído consigo sino mínimas reparaciones: debe existir una cierta proporcionalidad entre el mal acaecido y el resultado objetivo del esfuerzo llevado a cabo por el culpable.

ATENUANTES POR INTERPRETACIÓN ANALÓGICA

5) Cualquier otra circunstancia de igual entidad, que a juicio del tribunal deba ser apreciada por su analogía con las anteriores o por peculiares condiciones personales del agente o de su ambiente.

A nuestro criterio, el precepto resulta más amplio de lo que en principio puede hacer pensar su enunciado, si bien ya éste mismo hace mención a una interpretación analógica, con lo que ello comporta, más cuando se trata de un derecho de la naturaleza del penal, donde, lo mismo que la interpretación de lo contrario al reo ha de ser restrictiva, se potencia la amplitud interpretativa de todo lo que pueda favorecerle.

El precepto hace referencia a una serie de circunstancias que habrán de tener eficacia atenuatoria de la pena y que *no se definen nominalmente ni de forma cerrada*, como sucede con las anteriores, teniendo como sustrato común una menor culpabilidad en el agente o una menor injusticia del acto y cuya búsqueda ha de hacerse por dos vías: bien, a través de la existencia de *rasgos de identidad* con las descritas, sin olvidar que a través de la circunstancia segunda de este artículo se traen a colación las tres primeras del artículo anterior, bien a través de una valoración positiva de las *condiciones personales y ambientales del agente*, lo cual no necesariamente ha de estar relacionado con las circunstancias anteriores, pues, aunque sin duda detrás de todas ellas hay una

relación más o menos marcada con dichas condiciones, sí pueden encontrarse en esta última vía factores completamente ajenos a los contemplados por las antedichas circunstancias y que puede actuar favorablemente para el sujeto a la hora de valorar la respuesta punitiva.

Aun cuando la última mención supone sin duda un importante instrumento para el ejercicio del arbitrio judicial dentro de límites no excesivamente reglados, es a nuestro criterio un tanto reiterativo que se construya una atenuante de esta índole al mismo tiempo que en el *art.* 63 se enumera para la determinación de la pena en el apartado cuarto la consideración de “las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, las económicas, sociales y culturales del autor”, lo cual en gran medida se asimila a lo que la atenuante puede acoger, si bien con la salvedad de que tal elemento de determinación de la pena puede ser igualmente válido para configurar una situación negativa para el sujeto y por ello propicia para un mayor rigor punitivo, lo que no sucede con la atenuante.

La *semejanza* que ha de haber entre las atenuantes ya referenciadas y las circunstancias que se construyan al amparo de este precepto se centra en lo valorativo de unas y otras y *los principios que las informan*, no tanto en la equivocada idea de construir necesariamente estas circunstancias analógicas como si de una especie de atenuantes incompletas se tratara o haciendo operaciones comparativas similares a las que se realizan cuando se trata de integrar respecto a las circunstancias excluyentes la atenuante del número segundo de este artículo, sin perjuicio de que tal forma de actuar resulte en ocasiones práctica y suficiente.

181

Lo que sí es común a las dos formas de posible construcción de la atenuante por analogía es que la situación contemplada habrá de tener cuando menos una *entidad similar* a la que valorativamente tienen las otras atenuantes como factor de minoración del juicio de reproche.

JURISPRUDENCIA.

“La atenuante de inferioridad psíquica por intoxicación alcohólica, requiere que el sujeto se encuentre en un estado de etilismo que afecte de manera incompleta su capacidad psíquica para comprender plenamente. Esta situación, en principio no se ha acreditado de manera absoluta, pero el tribunal si ha tenido por acreditado según el testimonio de (...) que el acusado tenía síntomas de embriaguez. Pues bien, el tribunal estima, que aunque no se haya graduado con precisión el grado de intoxicación alcohólica y la respectiva disminución de la psique de la persona basta con que la prueba señale de manera meridiana que estaba bajo los efectos del alcohol. Si concurre esta situación, análogamente debe entenderse que la ingesta de bebidas alcohólicas es base suficiente

para apreciar la atenuante, aunque no se tenga el parámetro del grado de inferioridad psíquica, pues la sola embriaguez determinada por la prueba, aún de manera genérica indica razonablemente que la persona ya no podría estar en la normalidad de sus facultades psíquicas, sin que la mengua de éstas facultades signifique en modo alguno inimputabilidad. Si la prueba de manera genérica indicó plausiblemente que el acusado había consumido bebidas embriagantes al momento de los hechos, tal situación debe estimarse así, para hacer concurrir analógicamente la situación de embriaguez, pues tal evento es una situación de hecho, que en términos de prueba, en cuanto a duda debe estarse a lo más favorable al acusado, en tal sentido que tenía algún grado de embriaguez. (T.S. 3° S.S., 14-05-01)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

182

Conviene destacar un comentario inicial, a la articulación tanto de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, como de las circunstancias agravatorias de la misma como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; tal regulación descansa, sobre un aspecto esencial, la magnitud graduable del injusto penal –hecho típico y antijurídico– así como a la cuestión de que, también la culpabilidad es graduable, en ambas cuestiones, es susceptible de fijarse distintos desvalores respecto de cada hecho y de cada autor o partícipe que ha intervenido en el hecho; fundamentan lo anterior el principio de igualdad en la determinación de la pena, por el cual a la inversa, las penas o medidas de seguridad no deben ser fijadas homogéneamente –salvo que las personas se encuentren en las mismísimas circunstancias– sino heterogéneamente dependiendo de la graduación que particularmente se haga para cada autor o partícipe, en relación al hecho en el cual ha intervenido. De ahí que, el impacto de estas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, se notara sensiblemente en el área de la determinación de la pena, por cuanto, la pena debe ser proporcionada al desvalor del hecho y al desvalor de la propia culpabilidad, esta última siempre en relación al ilícito, cuando se trate de circunstancias agravatorias, o de la culpabilidad pero por un mayor reproche que no se sustenta en cuestiones de derecho penal autoral; de ahí que, si especiales circunstancias, concurren a modificar ora atenuando ora agravando el desvalor del injusto, que comprende desvalor de acción y desvalor de resultado, ora la culpabilidad, ello debe influir en la determinación de la sanción penal. Sobre este punto en particular, debe indicarse que hay circunstancias atenuantes o agravantes que harán desmerecer menos el injusto, en cambio otras impactarán decisivamente en la culpabilidad, algunas de ellas, por la particularidad en la cual se construyen, tienen un contenido mixto, en el sentido que afectan el desvalor del injusto pero a su vez afectan la culpabilidad. Estos ámbitos por ejemplo deben ser tomadas en cuenta para determinación de pena, la entidad o el impacto de la circunstancia modificativa cuando concurre.

Otra cuestión importante, es señalar la separación que media entre circunstancias agravantes generales y circunstancias agravantes especiales –que son las más se presentan– las primeras de ellas, solo añaden un desvalor al injusto, en cuanto a su merecimiento abstracto, es decir, inciden o no sobre el límite mínimo o máximo que la pena tiene graduado, y la modificará según la intensidad de la circunstancia, pero sin modificar el título de imputación, que siempre se mantiene inalterable. En tanto, las circunstancias agravantes especiales, tienen otra virtualidad, la de erigir un tipo simple en un tipo agravado, por la especial consideración del desvalor, ya no desde el injusto en su sentido genérico, que se ve afectado por una circunstancia general, sino por una cualificación especial, que siempre determina un tipo penal más agravado, y por ende recepta una pena especialmente agravada. En estos casos y en otros concurre una prohibición de doble desvaloración que será desarrollada en lo que respecta a las agravantes.

Una cuestión que nos parece no legítima, en la sistemática del código penal, es la no regulación de un catálogo de atenuantes especiales, puesto que entratándose de agravantes, las mismas, si se han cualificado en la parte especial en cada tipo penal, que se entiende debe ser cubierto con un mayor merecimiento, y la gravosidad de la pena en cuanto a su incremento es notable. Lo anterior no es una cuestión baladí, sino que por omisión legislativa, podría en algunos casos, comprometerse, el derecho de igualdad, en este caso, en la determinación de la pena en abstracto, que esta fijada para un merecimiento general, pero que normativamente no garantiza principio de la diferenciación, cuando por circunstancias especiales, las personas no se encuentran equiparadas normativamente, con lo cual el trato “igualitario” crea una “desigualdad” no permitida –baste señalar el caso de los semi-imputables o de personas mayores de sesenta años–; sobre este aspecto debe considerarse que la formulación de los tipos penales, asocian una pena cuyo merecimiento se hace en abstracto, sobre un contenido de generalidad, es decir es un tipo penal construido dentro de ámbitos “normales” para personas que se encuentran en esa misma situación de “normalidad” o en condiciones de igualdad, de ahí que, el desvalor quede fincado al cometimiento del delito, en unas circunstancias de ordinariedad, aun cuando las circunstancias sean extraordinarias, de ello se abundara en la atenuante respectiva.

Inferioridad psíquica por intoxicación. En este caso, se comprende los estados de semi-imputabilidad o imputabilidad disminuida, estados que no alcanzan a generar un estado pleno de inimputabilidad, los cuales obviamente, son merecedores de un menor de juicio de desvalor, respecto de la capacidad de motivación –o de reproche– siempre que, esos fenómenos de alteración del psiquismo, hayan influido en el hecho cometido, es interesante denotar, que el precepto se refiere únicamente a aquellos estados de inferioridad psíquica por intoxicación alcohólica, analogando también otras formas de

intoxicación –drogas,psicótropicos, estupefacientes etc.– que influyan en el psiquismo de la persona; se requiere además, que dicha evento de alteración, en la psique del sujeto, no sea pleno, por que de lo contrario, se constituye en una situación de inimputabilidad, que tendría que ser apreciada por la concurrencia o no de la ALIC, no sólo por la regla del artículo 28-A CP, sino también por que el precepto, exige que para que funcione la atenuante, no debe de ser preordenada al hecho, lo cual la vincula a la intencionalidad, y en el alguna medida, da base para sustentar una imputación a la acción precedente, siempre que esta se haya buscado deliberadamente, concurre un complemento entonces, entre el artículo 28-A y esta atenuante.

Dos cuestiones deben valorarse, una es que la causal exclusivamente se refiere, a la inferioridad psíquica por intoxicación de una droga –en sentido amplio incluido el alcohol– por lo que no se considera en principio, las cuestiones de semi-imputabilidad que no estén asociadas con alcohol o sustancias similares, y que tienen otro origen que puede ser orgánico o no, cuando no constituye una cuestión de inimputabilidad. Tal situación, es superable, por cuanto la interpretación analógica –Numero 5 del precepto– permite la suficiente amplitud, para analogar inferioridades psíquicas de otra índole, con lo cual, la situación quedaría salvada.

184 Sin embargo, hay un punto más de fondo que merece ser destacado, vinculado a una situación de desproporcionalidad punitiva, que podría representar, un quiebre al principio de igualdad, recalando en el principio de culpabilidad, en cuanto a los grados de diferenciación externa, cuya medición corresponde estrictamente a parámetros de proporcionalidad; ello por que, al no haber una formulación de atenuantes especiales, para situaciones extraordinarias, que no son iguales al desmerecimiento de pena que tiene el tipo penal, y al régimen ordinario de atenuación, que nunca se sale del límite ordinario de la pena, entre su mínimo y su máximo; ello trae como consecuencia una equiparación desproporcional, por cuanto, la exigencia que se hace a una persona, en sus competencias psíquicas normales, es igual a la exigencia que se formula a una persona, que no esta en igualdad de competencias psíquicas, y que en virtud de ello, debería tener un tratamiento diferenciado tal como sucede con el régimen de agravantes especiales.

Exceso en las causas de exclusión de la responsabilidad penal. Respecto de la misma, debe indicarse que se trata de una atenuante, que no opera en principio para todas las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, abarcando las contenidas en el artículo 27 N° 1 CP cumplimiento de un deber legal, ejercicio legítimo de un derecho, ejercicio de una profesión lícita; artículo 27 N° 2 CP la legítima defensa; y 27 N° 3 CP estado de necesidad; quedando excluidos las situaciones de inimputabilidad, las de no exigibilidad de otra conducta y la colisión de deberes. Para el primer grupo de

casos, habrá que señalar, que la cuestión de la antijuridicidad puede ser graduada, en atención a ello, en cuanto un hecho puede presentar un desvalor de injusto de mayor o menor intensidad, de ahí que las causas que incidan sobre ese contenido de injusto, también pueden ser graduables, no en el sentido de ser consideradas parcialmente, puesto que la causa de permisión concurre o no concurre en cuanto eximente, es decir excluyen o no la antijuridicidad; y cuando no concurren, si es posible una valoración atenuatoria, graduando aquellos elementos que se manifestaron, y que no alcanzaron para conformar a plenitud la justificante, ora por que faltaron elementos esenciales, o por que un exceso inexcusable. De ahí que, la concurrencia de ciertos elementos, pueden justificar un menor desvalor y la aplicación de la atenuante. Se ha indicado, que para apreciar estas causas de exceso, es indispensable la concurrencia de los elementos sustanciales, sin los cuales, la eximente no podría existir. Por ejemplo en el caso de un deber legal, debe haber concurrencia del deber y del funcionario obligado a cumplir el deber, en el ejercicio legítimo de un derecho, la existencia del derecho; en el ámbito del ejercicio de una profesión lícita, el hecho debe realizarse en el ejercicio de la profesión de lo contrario no puede concurrir exceso; en la legítima defensa, debe existir una agresión ilegítima, sin ella no concurre defensa alguna, además debe haber necesidad de ejercer la defensa ; en el estado de necesidad la colisión de bienes y el estado necesario; se indican como esenciales los elementos subjetivos –lo cual es discutible–; se estima que, son inesenciales, por lo que en ellos puede recaer el exceso, en la legítima defensa la proporcionalidad para repeler o impedir la defensa, la falta de provocación; los casos de excesos cronológicos o extensivos son discutibles; en el estado de necesidad es inesencial la no provación del peligro, la obligación de afrontar el riesgo por ejemplo. Si lo que concurre es un exceso por equivoco, la cuestión compete a la teoría del error. Aunque la atenuante sólo esta dispuesta, para estas eximentes incompletas, el ámbito extensivo de la atenuante, por la cláusula de analogía, las hace concurrir para todas las demás eximentes, con los mismos criterios, salvo la inimitabilidad, aunque ello debe ponderarse reflexivamente.

185

Estados pasionales. Quizá lo más importante a destacar, es que esta atenuante concurre, cuando la persona ejecuta la conducta, “presa” de ese arrebato u obsecación; media una diferencia entre ambos conceptos de temporalidad; mientras el arrebato ha sido definido como una emoción repentina, de no muy dilatada duración, la obsecación se vincula a una alteración de la psique y de la voluntad de un periodo más luego. Es importante destacar que, es precisamente ésta alteración mental, la que debe ser apreciada como influyente en la comisión del delito; de ahí que, dicha atenuante tenga una base en el trastorno mental transitorio, del que se diferencia por su intensidad, por cuanto el primero, sí enerva de manera completa la facultad psíquica o volitiva; que en este caso sólo se ve disminuida; se requiere una intensa emoción, causada por un hecho injusto, en contra de la persona o de aquellas muy cercanas por sus vínculos

afectivos o parentales; el hecho injusto no debe entenderse en términos de delito, sino de manera extensa, por cuanto si se tratase de un delito, se estaría ante una legítima defensa; de ahí que, la connotación de un hecho que sea injusto, tiene una dimensión de límite ético-social en cuanto al estado pasional, es decir, encontrar un motivo razonable. Estas limitaciones, pueden flexibilizarse por cuanto en materia de atenuante, tiene vigencia la aplicación de atenuantes por analogía, por la cual puede extenderse a situaciones similares, como por ejemplo, el actuar no mediante arrebatos pero si en una situación de cólera, no respecto de un padre, hijo o hermano, pero si sobre un sobrino, primo, amigo con estrechos vínculos de afectividad.

186

Disminución del daño. Deben añadirse sólo dos cuestiones, la primera es la vinculación del precepto al desistimiento; sólo que en estos casos, el desistimiento no tuvo efectos de plenitud, habiéndose producido el resultado, sea cómo delito de pasaje o como resultado de la conducta ulterior, en ese primer aspecto, corresponde apreciar la atenuante de disminución de daño, por cuanto el precepto valora positivamente “evitar o atenuar las consecuencias dañosas del delito”. Claro esta que, esta conducta debe ser espontánea, con lo cual se vincula a los mismos parámetros de la voluntariedad del desistimiento, y debe hacerse énfasis, que sólo se requiere en este caso, una conducta a evitar o atenuar los perjuicios, con lo cual no se requiere, que efectivamente así haya sucedido, aunque la conducta del actor debe tener al menos objetivamente esa entidad. Con la cláusula de atenuante por analogía, se pueden cubrir otros periodos, no asociados directamente a la ejecución del delito, por lo cual se podría entender concurrida, las reparaciones en el procedimiento, cuando no extingan la responsabilidad penal, como una forma de compensación posterior al delito, por la cual el justiciable, atenúa las consecuencias dañosas del injusto penal, respecto de la afectación de la víctima que se ve resarcida, finalidad trascendente para el derecho penal.

Atenuantes por interpretación analógica. En los comentarios anteriores, se ha destacado la importancia de la interpretación analógica, vinculando ya ha algunos supuestos en los cuales procedería, mismos que no son *numerus clausus*, y que pueden extenderse a otras situaciones de entidad análoga, sin embargo conviene destacar, que la identidad que se requiere entre las causas atenuantes precedentes (números 1, 2, 3, 4 precitadas) y el hecho que debe ser apreciado, no constituye una semejanza formal, sino que el juicio de comparación analógico, debe versar sobre el mismo fundamento de significación, de ahí, los parámetros que deben de analogarse en principio, son respecto de la significación del motivo de menor desvalor del injusto o de la reparación de las consecuencias del delito, en virtud de ello son cubiertas las áreas de: a) disminución de la capacidad psíquica; b) todas las situaciones de exceso en las causas de exclusión de responsabilidad, incluido el error; c) los eventos que se asocien

respecto de alteraciones mentales por reacciones emocionales; d) los ámbitos de la disminución del daño causado por el delito.

Pero además, el precepto establece una formula de mayor amplitud, que rebasa los límites de conexión con las atenuantes preestablecidas, y las asocia a condiciones de: 1) Peculiares condiciones personales del agente; 2) peculiares condiciones del ambiente en el cual se relaciona el sujeto activo. Estas fórmulas son importantes, por cuanto ya no están vinculadas, a los presupuestos de las atenuantes anteriormente descritas, sino que se dimensionan sobre otras áreas, las condiciones personales del agente, y las de su ambiente; en tal sentido, esta atenuante se constituye en una formula genérica de individualización de la pena, puesto que se conecta con presupuestos de la determinación de la pena, como lo son los numerales 4 y 5 del artículo 63 CP, de ahí que, la amplitud de extensión de esta formula atenuante es vasta y puede cubrir, sólo para enunciar las llamadas compensaciones destructivas de la culpabilidad, de entre ellas las llamadas *penas forensis*, para graduar la culpabilidad haciéndola descender por las dilaciones indebidas (Sánchez Escobar, 2001: 227/223) como condición personal del justiciable; puede abarcar las confesiones de los acusados; la dependencia del alcohol o de las drogas o los síndromes causados por dicha dependencia o abstención, cuando no concurren como eximentes; situaciones de exclusión social, de edad, de baja o nula escolaridad; de desempleo etcétera.

SECCIÓN SEGUNDA

30

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Son circunstancias que agravan la responsabilidad penal:

ALEVOSÍA

1) Cometer el delito con alevosía. Existe alevosía cuando, en los delitos contra la vida o la integridad personal, el hechor provoca o se aprovecha de la situación de indefensión de la víctima para prevenir el ataque o defenderse de la agresión, sin riesgo de su persona. Se presume legalmente la alevosía cuando la víctima fuere menor de doce años y en el caso de homicidio precedido de secuestro;

188 La estructura del precepto define la circunstancia con clara enumeración de sus elementos en la forma clásica en que ha venido entendiéndose la misma, al tiempo que consagra la calificación alevosa para dos supuestos fácticos: uno dado por la condición del sujeto pasivo de la acción (menor de doce años) y otro por las circunstancias de la misma (muerte precedida de secuestro).

Por la propia naturaleza de la circunstancia, que parte de un enfrentamiento violento entre autor y víctima en el que la acción del primero va dirigida contra la vida o integridad física del segundo, lo que hace esperar una eventual defensa de éste con riesgo para el otro, en atención al instinto de conservación del ser humano, la misma tiene como exclusivo *ámbito de aplicación* el de los *delitos contra la vida y la integridad física*, elemento normativo que en el caso de nuestro Código prácticamente nos remite a los Títulos primero y segundo del Libro segundo del mismo, únicos donde de forma exclusiva se protegen dichos bienes jurídicos, sin que pudiera descartarse que una eventual aparición de otras figuras jurídicas fuera de tales títulos en las que también dichos bienes fueran el objeto principal de protección, si bien matizado por la concurrencia de otros factores (p.ej. piénsese en aquellos Códigos que recogen separadamente atentados contra la vida o integridad física de personas especialmente cualificadas y protegidas), haría posible la eventual aplicación de la agravante a tales supuestos.

Los *requisitos* para la apreciación de la circunstancia son los siguientes:

1º) Un elemento netamente *objetivo*, definido por el empleo de *medios, modos o formas* en la realización de la acción que dotan de cierta seguridad al acto criminal, bien para eliminar cualquier actuación defensiva del atacado, bien para asegurar el resultado proyectado.

2º) Un elemento de índole *subjetiva*, entroncado en la culpabilidad del agente, que se identifica con el hecho de que el sujeto *se propone* con su actuación una finalidad aseguratoria que se traduce en que conoce que la forma en que actúa (bien la propiciada por él, bien la inherente a las circunstancias y de la que él se aprovecha) tiene una doble consecuencia, que expresamente asume:

- Se contrarresta o elimina la eventual réplica del agredido, con evitación de riesgo para el agente.
- Se disminuye de forma notable la posibilidad de que el plan delictivo fracase.

El ataque alevoso se viene presentando bajo varias *modalidades*:

- a) La espera durante más o menos tiempo, en uno o diversos lugares, al sujeto pasivo del delito a fin de ejecutar sobre él los actos de violencia previstos.
- b) El ataque imprevisto, fulgurante y repentino.
- c) El aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento, que en la práctica se identifica, a título de ejemplo, con el ataque a niños de corta edad, ancianos, personas debilitadas o enfermas y sujetos en fase letárgica o comatosa.

En este ámbito se circunscribe la expresa mención a que hace referencia el último inciso del artículo cuando establece dos presunciones legales de ataque alevoso, que siempre tendrá esa naturaleza si el *sujeto pasivo tiene menos de doce años*, extremo cuyo conocimiento -con independencia de que el autor haya buscado o no la situación- aboca al sujeto activo a soportar una calificación jurídica agravada, a reserva de supuestos de error sobre dicha circunstancia en los que habrá que aplicar las consecuencias jurídicas de tal institución (el error), aunque hay que reconocer que en la práctica, por la propia naturaleza del sujeto pasivo (sin perjuicio de que el sujeto actuante esté errado sobre el dato cronológico), lo más habitual será que las circunstancias personales del atacado hagan el acto alevoso.

El ataque a *personas previamente secuestradas* se limita a definir sin más una situación paradigmática de alevosía en la que se dan las circunstancias de aseguramiento e indefensión previstas y es además obvio que el sujeto actuante no puede por menos que ser consciente de las mismas. Bien la persona ha creado previamente una situación específica para abortar cualquier posibilidad de defensa o propio riesgo o asegurar la ejecución, como es la abolición previa de la libertad del atacado, bien, una vez ejecutado lo anterior, el sujeto asume la perfecta idoneidad de la situación en que la víctima se encuentra para someterla a un ataque violento bajo las premisas apuntadas.

Respecto a las relaciones que la alevosía tiene con otras circunstancias, por una obligada abstracción, es especialmente relevante marcar *la diferencia entre la alevosía y el abuso de superioridad* recogido en el art. 30.5). Puede establecerse una fórmula cuantitativa no exenta de dificultades de aplicación en supuestos límite, según la cual en la situación de abuso de superioridad tan sólo se disminuye la posibilidad de defensa de la víctima, mientras que en la alevosía aquélla se elimina completamente. El abuso de superioridad contempla un desequilibrio de fuerzas que coloca al agredido en una situación de inferioridad, lo que se produce más habitualmente por los instrumentos agresivos o por el mayor número de atacantes, pero sin llegar a eliminar totalmente las posibilidades de defensa ni otorgar al agresor una abierta posibilidad de impunidad en base a la eliminación del riesgo que pudiera proceder de la víctima.

190

PREMEDITACIÓN

2) Obrar con premeditación. Hay premeditación cuando se planea con la anticipación necesaria, reflexiva y persistentemente, la realización del delito;

La circunstancia que se estudia, puesta en entredicho por importantes sectores doctrinales y desaparecida de algunos Códigos de nuestro ámbito de cultura que la mantuvieron históricamente, se funda en el especial juicio de reproche que supone *la preexistencia de una ideación criminal, la persistencia* de la misma y, en cierta medida, la mayor peligrosidad que entraña quien de tal forma obra, tanto por afectarle una calificación personal especialmente negativa, como por la mayor posibilidad de impunidad que tienen sus comportamientos.

La premeditación no es otra cosa que el planeamiento de la actuación criminal, *la persistencia de la voluntad criminal durante un intervalo de tiempo que transcurre entre la determinación firme de cometer el delito y su realización*, algo que, de una u otra forma, está presente en la mayoría de las actuaciones delictivas, desde la premisa de que el delito suele ser algo excepcional en la vida de las personas, algo que está por encima de lo instintivo y que por lo tanto difícilmente aparece de forma súbita y sin someterse a algún tipo de ideación en su desarrollo. Frente a ese esquema, que

obviamente no responde con carácter general al de todas las conductas delictivas, la premeditación es algo más que la mera ideación y de ahí las apostillas con que el Código se refiere al planeamiento delictivo que es objeto de este exacerbado reproche.

El Código habla de una anticipación necesaria, reflexiva y persistente y cada una de las notas tiene su peculiar transcendencia.

El que la premeditación haya de ser *reflexiva* supone que el proceso de ideación criminal consiste en la consideración nueva y detenida del plan a desarrollar, pensando, examinando o mirando con atención y cuidado lo que se trata de hacer. Esta exigencia excluye procesos de pensamiento sumamente sencillos y rápidos en los que prácticamente el sujeto pasa de la idea a la acción, sin apenas vencer los naturales mecanismos que en el ser humano le llevan a replantearse la eventual comisión de acciones que resultan contrarias a normas jurídicas o éticas, por lo que la acción de la persona que al final actúa tras un proceso de pensamiento calificado de esta manera refleja sin duda que ha conocido adecuadamente la naturaleza de su comportamiento y ha despreciado los frenos inhibitorios naturales frente al delito, lo que le hace especialmente reprochable, con mayor peligrosidad y, como decíamos anteriormente, susceptible de generar actuaciones delictivas que, por lo elaboradas, tienen mayores posibilidades de impunidad.

191

La *persistencia* es prácticamente una derivación de lo anterior, ya que un proceso de esa naturaleza difícilmente es compatible con cursos rápidos, no dotados de un factor de durabilidad temporal que acoja adecuadamente las premisas señaladas, con la suficiente oportunidad incluso para que el sujeto pueda abandonar la idea que él mismo ha generado, por lo que va *consolidando su culpabilidad* de forma que la conciencia y voluntad que la integran se asientan especialmente.

La referencia a la *necesidad* de la anticipación resulta quizá, por la ambigüedad del término, el factor más difícil de integrar en cuanto a su significado, si bien, acudiendo a lo que la tradición jurídica ha venido entendiendo como sentido de esta agravante, podemos decir que hay que distinguir entre conductas delictivas que no precisan -por la propia naturaleza de la conducta- de procesos de este tipo, mientras que hay otras que sí lo precisan, siendo únicamente éstas las que eventualmente pueden estar afectadas por la concurrencia o no de la agravante.

Supuesto especial lo constituye la que se ha venido llamando “*premeditación condicionada*”, en la que el agente condiciona su eventual actuación delictiva a que la víctima realice o no un determinado comportamiento, de manera que sólo una flagrante

ilicitud de dicho comportamiento podrá hacer que la conducta del agente que ante ello obra no resulte afectada por la agravación.

INSIDIA

3) Cometer el delito por cualquier medio insidioso;

La insidia equivale a la asechanza, pudiendo ser definida como *el engaño o artificio que se emplea para dañar a otro*.

La circunstancia se refiere a la forma de llevar a cabo la acción criminal, manifestándose a través de un medio ejecutivo *anterior o coincidente con la infracción penal*, que tiende a facilitarla a través del empleo de medios ingeniosos y apropiados, engañosos o falsos, que generan una especie de *colaboración o facilitamiento por parte de la víctima* en una parte relevante de la actuación delictiva. El ardid ha de resultar por ello eficaz e idóneo para producir error en la víctima, propendiendo la *intención del sujeto* al logro de mayores facilidades en la comisión del hecho delictivo.

192 En atención a ello, la razón de ser de la agravación radica en la generación de una mayor *indefensión* en la víctima, con un cierto *aseguramiento* en la ejecución y mayores posibilidades de *impunidad*, lo que es síntoma de una mayor *peligrosidad* criminal en el sujeto activo, acreedor de una exacerbadón en el juicio de reproche.

En ocasiones esta circunstancia puede plantear conflictos con la *alevosía* por poder ser definidos de tal manera los medios empleados para la comisión de un delito contra la vida o integridad física, lo que llevaría a la absorción de ésta por aquélla.

Toda vez que medios de esta índole son la base de determinadas conductas delictivas (como es el caso de la estafa, el homicidio agravado o el estupro) o suponen una figura agravada en la definición de otras, resulta obvio que en tales casos no será de apreciación la agravante por estar *incita en la definición del tipo*.

PELIGRO COMÚN

4) Cometer el delito empleando explosivos, fuego u otros medios capaces de producir un peligro común;

A partir de una mínima enumeración ejemplificativa pero suficientemente gráfica, el Código contempla el hecho de la *producción de un riesgo generalizado* por el empleo de medios que, aun destinados a ejecutar una conducta delictiva concreta sobre sujeto

pasivo determinado (con independencia de que éste pueda ser plural), son en sí mismos susceptibles de causar un *peligro para otras personas no directamente implicadas como destinatarios de la actuación delictiva* querida por el agente, pero que, por razón de las circunstancias en que tales medios se utilizan, se ven sometidos a un riesgo de deterioro o destrucción de sus bienes jurídicos protegidos.

Por lo tanto, no será suficiente una contemplación aislada del medio y su potencialidad altamente dañosa, sino que habrá que apreciar si en el caso *concreto el uso de dicho medio se hizo en condiciones de causar el peligro común* al que hace referencia el precepto y tal era *asumido intelectivamente por el agente*.

Nos encontramos ante un supuesto fronterizo con la causación de resultados por dolo eventual o mediante culpa consciente. El agente predispone el uso de unos medios para un ataque delictivo concreto, pero la naturaleza de los mismos o las circunstancias de uso pueden causar además resultados dañosos sobre personas y bienes jurídicos diversos, de lo que, según el caso concreto, el sujeto puede llegar a responder por existir dolo eventual o culpa consciente. Evidentemente, ello se distingue de la aplicación de la agravante por el hecho de que la misma sólo contempla una causación de riesgo para esas personas y bienes diversos, sin que se haya producido el resultado lesivo. En tal caso la agravante no es aplicable a la conducta inicial, a la que se suma el castigo por los demás resultados producidos en la relación concursal correspondiente.

193

También en este caso puede ser relativamente habitual que el empleo de tales medios en delitos contra la vida o la integridad personal esté instrumentalizado en el ámbito de una *actuación alevosa*, que absorbería la aplicación de la agravante si concurrieran los demás requisitos de aquélla.

La razón de ser del precepto es, en suma, una *mayor peligrosidad* en la actuación criminal, merecedora de una sanción más elevada.

ABUSO DE SUPERIORIDAD

5) Abusar de superioridad en el ataque, aprovecharse de la debilidad de la víctima por su edad u otra causa similar, emplear medios que debiliten la defensa del ofendido, o el accionar de agrupaciones ilícitas tales como las pandillas denominadas maras.(18)

El abuso de superioridad supone una “*alevosía de segundo grado*”, con la que guarda íntima relación, según expusimos en el comentario correspondiente a aquélla.

El abuso de superioridad tiene una vertiente objetiva y otra subjetiva. La primera la configura una *situación de desequilibrio* entre las posibilidades de actuación del sujeto activo y del sujeto pasivo (uno para atacar el bien jurídico y otro para impedirlo), referidas al caso concreto, desequilibrio que puede derivar tanto de un plano *físico* como de un plano *psíquico*. La vertiente subjetiva de la circunstancia hace que el autor deba ser *consciente* de la existencia de tales circunstancias y estar animado su comportamiento por la expresa intención de *aprovecharlas* en la ejecución del hecho pretendido.

La aparente multiplicidad de contenido que subyace en la redacción de la circunstancia se reconduce en realidad a una sola situación. El concepto de abuso de superioridad es más amplio que el empleo de medios que debiliten la defensa, lo cual se constituye como una más de las situaciones de superioridad, cuyo resultado final no es la anulación de la defensa del ofendido, como sucedía con la alevosía, sino su mero *debilitamiento*, por lo que, paralelamente, el riesgo para el agente crece, algo que de nuevo diferencia a esta circunstancia de la alevosía y funda incluso un estado mental distinto en el sujeto que actúa en una y otra situación.

194 Podría resumirse que el abuso de superioridad en el ataque puede lograrse de formas distintas o incluso venir preconfigurado por circunstancias diversas, siendo *algunas de las formas en que ello se presenta* las enumeradas en concreto en el precepto, lo que contribuye tanto a la indemnidad del agente como al aseguramiento de la ejecución y a la impunidad de su conducta.

La concreta referencia al *aprovechamiento de la debilidad de la víctima*, tal y como hoy permanece redactada la alevosía y se ha venido considerando tradicionalmente, plantea algunos problemas interpretativos, ya que el precepto parece llevarnos a integrar en su ámbito situaciones como aquéllas en que la víctima está definida por su corta o avanzada edad, la enfermedad inhabilitante o ciertos estados carenciales. Debemos darnos cuenta de que ello supone en efecto un desequilibrio entre autor y víctima, circunstancia a la que es aplicable cuanto señalamos en el comentario a este precepto, de manera que cuando ello se busca o aprovecha para eliminar completamente el riesgo para el sujeto activo, lo que se produce, seguiremos estando ante una situación alevosa y no ante un abuso de superioridad. Pensemos que se conserva en el artículo 30.1) la presunción legal de alevosía respecto a los ataques que tiene por sujeto pasivo a un menor de doce años.

Debe tenerse en cuenta que para la apreciación de la circunstancia hay que valorar si en la situación concreta a la que se enfrenta el agente éste precisa necesariamente de una extraordinaria violencia para llevar a cabo su plan criminal; si ello es así, no cabe

apreciar la agravante porque ésta tiene su razón de ser en el abuso -en lo adicional-, no en el uso de lo imprescindible para cometer el delito, lo cual ya tiene su adecuado castigo en la definición del delito mismo.

Por la propia naturaleza de la circunstancia, ésta sólo puede ser apreciada en la comisión de *delitos en que estén comprometidas la vida o la integridad personal*.

ARTIFICIO PARA LOGRAR LA IMPUNIDAD

6)

a) Hacer uso de cualquier artificio destinado a facilitar la comisión del delito, a dificultar el descubrimiento del hecho o del agente o para facilitar la fuga inmediata de éste; y,

b) Cometer el delito para asegurar la ejecución, la ocultación o la impunidad de otro delito.

El intento de la propia impunidad es casi consustancial al acto criminal, es como una derivación del instinto de conservación del ser humano aplicado al ámbito de la eventual personalidad criminal del mismo.

195

Respecto al *primer apartado*, plantearse que una actuación “natural” -que “una forma natural de delinquir”, podríamos decir- debe fundar un mayor reproche es algo ciertamente difícil de asumir, sobre todo si se piensa que fundamentalmente puede decirse que detrás de las distintas circunstancias que sirven para agravar la pena hay un juicio de reproche mayor que viene dado, bien por una *mayor culpabilidad* en el sujeto, bien por una *mayor peligrosidad* en su acción y, por tanto, en su persona. Resulta por ello quizá un tanto forzado pretender que haya mayor peligrosidad en el delincuente que procura el logro de su objetivo o no ser descubierto o capturado: sería como agravar la normalidad, mientras parece obvio que *lo que ha de agravarse es lo extraordinario*.

Es por ello por lo que consideramos que hemos de ser exigentes para aportar al precepto una interpretación que incardine adecuadamente el primer apartado tanto en el ámbito de las agravantes con las que convive como en la función determinativa de la pena que está llamado a cumplir a tenor de lo dispuesto en el art. 63 de este Código. Por eso proponemos hacer hincapié en el hecho de que el Código no dice que el sujeto intente conseguir la ejecución del delito o dificultar ser descubierto o facilitar su fuga, sino que *ha de emplear algún artificio especialmente destinado a tal fin*; no estamos pues ya

ante la mera normalidad, sino ante un plus: el término artificio hace referencia a *disimulo, cautela, doblez y astucia*.

Ya la circunstancia tercera de este artículo -la insidia- se desarrolla a partir de una palabra que, interpretada etimológicamente, guarda un indudable paralelismo con la presente, toda vez que en el trasfondo conceptual de una y otra subyace prácticamente lo mismo. En este caso hay un indudable *componente finalista*, de manera que el sujeto pone en marcha expresamente medios que son calificables conforme a los adjetivos expuestos y cuya dinámica está intencionadamente instrumentada por el sujeto para la comisión exitosa del delito y la impunidad y seguridad de su autor.

196

Sin embargo, todavía queda una apostilla más dirigida al intérprete del derecho: habrá que tener en cuenta que se está buscando algo que funde un mayor reproche, por lo que habrá que entrar a analizar la situación delictiva planteada por el sujeto y establecer un juicio hipotético sobre lo que podríamos definir una *dinámica normal de ejecución*, desde la preparación de la acción hasta su agotamiento, incluyendo su desarrollo, de forma que *sólo puestas en escena excepcionales y no estrictamente imprescindibles para la comisión del delito animadas por ese intento tendencial podrán fundar la agravación*, e incluso todavía más, toda vez que consideramos que tras ello debe descubrirse una *mayor peligrosidad o culpabilidad* en el sujeto activo, sin lo cual, como hemos venido exponiendo, no tiene razón de ser una interpretación de secuencias fácticas que acaben teniendo consecuencias agravatorias.

El *segundo apartado* de este artículo no plantea los mismos problemas interpretativos sobre el alcance material de la agravación, sobre los actos que pueden dar lugar a la misma. Es como si el propio Código hubiera descrito una actuación especialmente calificada e intencionalmente dirigida a la ejecución, ocultación o impunidad. Posiblemente nada más cualificado haya en tal sentido que la comisión de un delito, nada puede tener peores consecuencias que la *multiplicación de la conducta criminal* del sujeto, quien no es que exacerbe su conducta, sino que ésta es génesis de nuevos delitos. Aquí se dan sin duda los requisitos apuntados de una mayor peligrosidad y culpabilidad en el sujeto, que pueden tener relevancia agravatoria en la imposición de la pena.

El problema conceptual que sin embargo nos planteamos es si no se estará incurriendo en una *reduplicación de la consecuencia negativa de una sola conducta*: aisladamente considerada la secuencia de hechos que da lugar al segundo delito, resulta que de ésta se desprende una doble consecuencia: ello se castiga como el delito a que da lugar, según su integración típica, y, por otra parte, comporta la agravación de la pena a

imponer por el delito. Si no se conculca, sí al menos se roza la violación de tal criterio, comúnmente asumido en la práctica penal.

La posible salvación del precepto está en considerar que el legislador lo que hace con esto es *castigar el motivo* (no es lo mismo matar por despecho que para vengar una grave afrenta previamente recibida), de manera que se estima más peligroso y culpable a quien no duda en volver a atacar el orden social una vez que ya lo ha hecho.

La cuestión suscitará sin duda notable controversia en la que creemos haber fijado los límites de desarrollo.

APROVECHAMIENTO DE FACILIDADES DE ORDEN NATURAL

7) Cometer el delito buscando de propósito la noche o el despoblado;

Nocturnidad

La circunstancia requiere la concurrencia de *dos elementos*:

- Uno objetivo, que se traduce en *oscuridad y soledad*: el sujeto actúa amparado en una disposición física del lugar que, por la suma de tales condiciones, propicia la *inasistencia de personas* que pudieran ser obstáculo para la ejecución del proyecto criminal o ayudar a la víctima o identificar al delincuente, quien así suma a su actuación una mayor libertad y limita el riesgo.
- Otro subjetivo, concretado en que tal haya sido *buscado o aprovechado* de propósito por el agente con el fin de lograr mayor *facilidad en el ejecución* del hecho o la *impunidad*.

197

Ello comporta sin duda una mayor *peligrosidad* en la acción criminal, la cual viene dada especialmente por esa ausencia de espectadores que es inherente a la circunstancia, entendida desde su variante de soledad.

Uno de los problemas interpretativos más importantes radica en determinar *cómo se coordinan los elementos nocturnidad y oscuridad*, ya que, si bien es obvio que la nocturnidad lleva consigo una disminución o ausencia de luz, también lo es que frente a ello en determinados lugares y condiciones el hombre actúa propiciando un incremento de la luminosidad por medios artificiales, a pesar de lo cual, por la propia organización de la vida social, también es de reconocer que, por bien iluminado que se

halle el lugar, la forma en que se desarrolla la actividad social en el mismo durante las horas del día y durante las horas más nocturnas no es la misma, ello relacionado con las posibilidades de facilitamiento y de interferencia de la presencia de otras personas en el lugar donde acontece la conducta delictiva; por lo tanto habrá que valorar las circunstancias de cada caso para determinar *si la noche ha influido ventajosamente en la ejecución del delito*.

Despoblado

El despoblado es un atributo del lugar donde se desarrolla la acción delictiva, caracterizado por el *alejamiento de lugares habitados y de vías principales de comunicación*, lo cual lleva a la víctima a una situación de aislamiento, que *efectivamente favorece su indefensión*.

198 La razón de ser de la agravante coincide en gran medida con el supuesto anterior, ya que la situación descrita supone una mayor *facilidad para la ejecución* del delito y para la *impunidad* del delincuente, además de que en este caso se suma un dato que sin duda aumenta la reprochabilidad de la conducta en atención al mal ocasionado a la víctima, quien al verse sometida a una actuación en tales condiciones ve incrementada su *impotencia y angustia* al sentirse inerte frente al sujeto activo, que así se sitúa frente al agredido en una situación de superioridad objetiva que puede llevar a la absorción de esta circunstancia, según los casos, por otras como el abuso de superioridad o la alevosía.

Sin duda, se reitera aquí la existencia de un elemento subjetivo que se traduce en la *búsqueda o aprovechamiento* de la circunstancia a los fines descritos.

MENOSPRECIO DE AUTORIDAD

8) Ejecutarlo en presencia de agente de autoridad que se encuentre en actual ejercicio de sus funciones;

Resulta ciertamente difícil aportar una interpretación sobre lo que el precepto quiera decir si partimos de analizar lo que el precepto dice. “En presencia de agente de autoridad” no significa otra cosa que “*a la vista*” de agente de autoridad.

No alcanzamos a comprender qué efecto agravatorio puede tener el que un acto delictivo se lleve a cabo estando presente un agente de la autoridad, pues ello resulta bastante absurdo en la práctica, ya que parece que el sujeto activo ha buscado precisamente el momento más inidóneo para facilitar la ejecución y su propia impunidad al obrar ante

una persona que precisamente por razón de su oficio está prácticamente obligada a impedir su acción. No parece tampoco que sea precisamente la sensibilidad del agente de la autoridad la más susceptible de ser herida y por lo tanto acreedora de una especial protección (como, por ejemplo, si de un menor se tratara).

Otra cosa distinta sería que el precepto dijera con claridad que es objeto de especial agravación el *que la acción delictiva tenga como sujeto pasivo a un agente de la autoridad* en el ejercicio de sus funciones (la circunstancia novena habla de “cometer el delito en perjuicio de..”), lo cual sí puede entenderse que supone un especial desvalor en cuanto sí se menosprecia un significado trascendente para la sociedad, el principio de autoridad, que no es innato a la persona misma sino a la función que se desempeña. Así sería fácil entender que resultase agravada la causación de lesiones a un agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, o la coacción en tales circunstancias, o la injuria, etcétera, pero el problema radica en *que no es eso lo que gramaticalmente dice el precepto*, por mucho que el título de presentación del mismo induzca a pensarlo, además de no entenderse por qué debiera ser objeto de especial protección el agente de autoridad y no la autoridad misma, si cabe, mayormente acreedora de protección.

Ante tales dificultades nuestra propuesta es integrar adecuadamente los términos gramaticales con los que se expresa el artículo con el título que lo presenta, por mucho que expresemos nuestras reservas personales acerca de que ello tenga razón de ser o que tal sea la voluntad real del legislador. No debe entenderse que cualquier acto delictivo que tenga como testigo a un agente de la autoridad se integra en la agravación porque es evidente que ello conduciría al absurdo al que hacíamos referencia al principio, además de que, como hemos venido reiterando en el comentario de cada una de las circunstancias, la propia agravación ha de tener su razón de ser en una mayor culpabilidad del sujeto o una especial reprochabilidad del comportamiento. La interpretación adecuada, a nuestro criterio, es que aquellas conductas delictivas que por el hecho de llevarse a cabo *ante un agente de la autoridad* signifiquen *un menosprecio de la función que éste desempeña*, sin que la presencia del agente sea en sí misma un elemento de la conducta típica, son acreedoras de agravación punitiva, por lo que habrá que descender al supuesto concreto, de forma que habrá acciones que en sí mismas ya entrañen ese menosprecio, mientras que en otras habrá que atender a las circunstancias concretas en que la acción se lleva a cabo (p.ej. presencia de otras personas).

En otro orden de cosas hay que decir que lo que sí recalca el precepto es que el agente *se encuentre en el actual ejercicio de sus funciones*. Ello parte de la consideración de que la investidura de la función que se desempeña no es algo inherente a la persona en cualquier situación, por lo que no en todo momento debe darse la especial protección,

sino que sólo cuando el sujeto esté en el ejercicio de tales funciones, ello sea *asumido por el sujeto activo* y haya en su comportamiento *un especial intento de menospreciar las mismas* la conducta será susceptible de agravación.

Una insuficiencia terminológica del precepto plantea un nuevo problema práctico. El agente no siempre está en el ejercicio de sus funciones y el sujeto activo puede buscar un momento en el que tal suceda para llevar a cabo una acción afrentosa en consideración a la función que el sujeto desempeña; cabría oponer que difícilmente en tales circunstancias el principio de autoridad podría verse menoscabado, pero ello no es tan cierto si se piensa que el agente de la autoridad o quienes le rodean sabiendo su condición pueden sentir el desvalor de la acción, tan sólo amparada por el hecho cronológico de que la función no se está desempeñando en ese momento. Esto crea una cierta fisura en la protección pretendida que habría sido fácilmente solventada si el Código hubiera añadido una expresión como “o con ocasión de las mismas”, lo que habría clarificado que la función se encuentra siempre protegida, con independencia de que no se esté ejerciendo.

200

Adoptamos pues una conclusión crítica ante un precepto que, aun cuando prácticamente reproduce el del Código anterior, debiera haber expresado con mejor técnica legislativa la voluntad del legislador, sobre todo en una materia que, por la naturaleza restrictiva que debe darse a las interpretaciones contrarias al reo, repudia la analogía y la oscuridad.

IRRESPETO PERSONAL

9) Cometer el delito en perjuicio de personas que merezcan consideración o respeto especial, por haber sido el agraviado maestro o tutor del agente o por la edad o dignidad que tenga el ofendido. Esta agravante se apreciará discrecionalmente por el juez, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, lugar y modo de las relaciones entre uno y otro;

La circunstancia aquí prevista recoge el especial juicio de reproche a que se hace acreedor el ataque *contra determinados sujetos pasivos*, bien en consideración a ciertas relaciones que les unen con el sujeto activo del delito, bien por la consideración aislada de los mismos en atención a su edad o dignidad, debiendo *abarcar la culpabilidad del agente* dicha circunstancia y el desvalor que ello supone, siendo en ocasiones incluso la situación referida auténtico motor de su acción criminal.

Antes de entrar en la exposición pormenorizada del alcance del precepto, debe hacerse referencia a la última apostilla introducida en el mismo, la cual es rica en contenidos y norma de aplicación. A primera vista podría pensarse que se hace una referencia

equivoca, pues la discrecionalidad tiende a identificarse con una actuación libre, no sujeta a unos requisitos tasados (como si el juzgador pudiera o no apreciar la agravante según su arbitrio), quedando claro, por otra parte, que se trata de una *discrecionalidad seriamente limitada*, ya que se hace una llamada al juzgador para la contemplación de las específicas circunstancias del caso, algo que genéricamente se engloba en la amplia invocación de las *circunstancias de tiempo, lugar y modo de las relaciones entre el sujeto ofensor y el sujeto ofendido*. La consecuencia que debe sacarse de todo ello es que no resulta posible una apreciación meramente objetiva y automática de la agravación así que medie la relación descrita entre el sujeto activo y el sujeto pasivo o éste último tenga los especiales atributos mencionados, sino que ello *debe resultar en el caso concreto especialmente reprochable*, generador de un desvalor aumentado, porque el sujeto activo del delito denota una *desconsideración hacia situaciones que para la sociedad tienen especial importancia* o hacia *personas a quienes se estima de tal forma que la ofensa a las mismas incide de un modo especial en la sensibilidad general o conculca principios comúnmente asumidos* o porque *la acción resulta especialmente peligrosa (y mayor la culpabilidad del sujeto activo) por la facilidad e indefensión que suponen las particulares condiciones del sujeto pasivo*. Tales situaciones no pueden definirse de una forma abstracta y un ejemplo resulta ilustrativo: no cualquier violación de las relaciones maestro-alumno es objeto de un especial juicio de reproche y, en su caso, ni siquiera del mismo reproche. Pensemos en el gráfico supuesto del alumno que agrede al maestro causándole lesiones:

201

- No es lo mismo que ello se lleve a cabo mientras esa relación está vigente o que suceda transcurridos muchos años desde su finalización.
- No es lo mismo que ello suceda en un lugar aislado, sin presencia de terceros o que el sujeto ejecute su acción ante el resto de pupilos, con la humillación y escarnio que tal supone.
- No es lo mismo que el alumno agrede al maestro en atención a que éste haya ejercido previamente sobre aquél su lógica autoridad y disciplina durante su función docente o que se trate de la reacción ante una previa actuación tiránica y desviada del ejercicio de la autoridad docente sobre los alumnos.

Cada una de las circunstancias descritas podría dar lugar a la ideación de variados ejemplos en consideración a las distintas variables traídas a colación, pero todo ello se resume en que el supuesto concreto, por referencia a ellas, denote una *mayor culpabilidad en el sujeto o reprochabilidad en la acción*. Es como cuando para la apreciación de la circunstancia del art. 31 de este Código el legislador señala que su

aplicación será potestativa, no impuesta por la mera existencia de determinados lazos familiares entre ofensor y ofendido, atendiendo en ese caso a la naturaleza, los móviles o los efectos del delito.

La condición de maestro o tutor en el agraviado

Lo mismo que el art. 31 contempla ciertos supuestos en atención a que los ascendientes ocupan respecto a sus descendientes una situación de cierta supremacía por las funciones de custodia y educación que están llamados a ejercer, lo que, sin perjuicio del respeto genérico mutuo, hace que los segundos deban guardar hacia los otros una especial consideración, tal sucede de forma bastante parecida en el caso de los maestros o tutores frente a sus pupilos: en cuanto a los primeros, por la reconocida función formativa que desempeñan y que se articula a través de las instituciones docentes, y respecto a los segundos, por las funciones de protección y cuidado de la persona y bienes de los pupilos (art. 272 del Código de Familia), asimiladas en gran medida a las que surgen de las relaciones paterno-filiales.

202

La alta consideración que la sociedad tiene del *valor de tales funciones* hace que se estime especialmente *peligroso* al sujeto que *no ha interiorizado* el respeto a las mismas, al tiempo que su sensibilidad se siente más herida y por ello necesitada de llevar a cabo una reacción punitiva más contundente cuando estas personas son destinatarias de acciones delictivas que habitualmente surgen de un modo desviado de asumir por parte del sujeto activo su propia relación con el maestro o tutor, personas a quienes la alta función encomendada hace especialmente dignas de protección.

La edad del ofendido

Son las *edades más extremas en la vida del ser humano* las que de una forma especial despiertan mayor sensibilidad, tanto por la *debilidad y desprotección* que suele rodear a la persona en tales momentos de su vida como por la especial consideración que el niño o el anciano despiertan en los *sentimientos sociales*, en la propia cultura de cada pueblo; el niño es la persona en formación, especialmente sensible a las acciones que, desviadas, dejarán en él una huella negativa y alterarán su propia evolución; el anciano representa una figura humana cuya experiencia y el servicio que ha ido prestando a otros en su etapa de plenitud le hacen acreedor de una especial consideración.

De nuevo, la mayor culpabilidad o peligrosidad del agente corren parejas a una exacerbación del juicio de reproche, traducido en la agravación de la pena.

Sin embargo, hay que tener también en cuenta que este dato fáctico puede dar lugar a la *aplicación prioritaria y absorbente de otras circunstancias agravatorias* como la alevosía (pensemos en la presunción legal de alevosía en el ataque a menor de doce años) o el abuso de superioridad e incluso concretas figuras delictivas en que la determinada edad del ofendido es un elemento del tipo (p.ej. el art. 159 sobre violación en menor o el art. 202 sobre separación indebida de menor o incapaz). Es claro que en tales supuestos decae la aplicación de la agravante.

La dignidad del ofendido

Nos encontramos ante un concepto difuso que debe interpretarse con sumo cuidado. Cuál sea el alcance del concepto “dignidad” y a qué personas haya de aplicarse son cuestiones no perfectamente delimitadas.

Interpretado gramaticalmente, la “*dignidad que tenga el ofendido*” hace referencia a su excelencia o realce, al cargo o empleo honorífico o de autoridad que desempeñe, es decir, una *especial consideración social* que suele venir dada por el *ejercicio de funciones especialmente relevantes* en la estructura social. La llevan aparejada los méritos que trae consigo el desempeño actual o pretérito de funciones relevantes y acompaña al *desempeño oficial de ciertas funciones públicas*.

203

Estamos ante una situación valorativa no tasada en la que el juzgador obrará en relación a conceptos culturales vigentes en la sociedad en cada momento histórico determinado, atento a la variación de sus estructuras, sus instituciones y la consideración que tengan simbólica y realmente las mismas y las personas que las encarnan.

La adicional ofensa a valores generalmente reconocidos que entraña esta agravación ha de presentarse como un añadido a la intrínseca ofensa que todo delito entraña, como un plus a la conducta normalmente desarrollada.

IRRESPETO DEL LUGAR

10) Ejecutarlo en lugar que merezca respeto o en la morada del ofendido, cuando éste no haya provocado el suceso;

Es obvio que el delito siempre acaece en algún lugar y que en la mayor parte de las ocasiones tal resulta irrelevante de cara a generar una agravación punitiva, puesto que el desvalor de la acción mira más hacia la persona que hacia el lugar donde ésta se encuentra, mas los casos que se exponen tienen su fundamento, bien en el hecho de que determinados lugares son símbolo de sentimientos que la sociedad asume como

especialmente relevantes y por ello dignos de mayor protección en cuanto que sean atacados o no respetados (primer inciso), bien en la situación en que se encuentra el sujeto pasivo concreto, en un ámbito que para él suele tener el mayor de los valores y en el que el encuentro con el delito reviste más gravedad.

Es como si el derecho contemplase los lugares más relevantes como patrimonio de todos los miembros de la colectividad o de grupos definidos de la misma y sin duda uno de los lugares más relevantes para cada ciudadano individualmente considerado.

Lugar que merezca respeto

Los *sentimientos religiosos* dotan a determinados lugares (de culto) de una especial consideración por representar simbólicamente ideas de alto valor en el fuero interno del ser humano, cuyo menoscabo se produce por el desprecio que supone la elección de tal lugar para ejecutar una actuación delictiva, además de que en los mismos el recogimiento que suele rodear a quienes allí permanecen les hace especialmente propicios a sufrir con menor prevención el delito.

204 Al lado de los sentimientos religiosos de una sociedad, también la conciencia común genera desde el punto de vista laico *ideas de alto valor que se encarnan simbólicamente en ciertos lugares* (allí donde se cuida a los enfermos, donde el pueblo está representado, donde ejercen su alta función quienes para ello han sido escogidos, donde se imparte justicia, etc.).

Eventualmente, el que el delito aparezca en dichos lugares puede hacer que la acción vaya acompañada de un mayor desvalor en cuanto que la misma entrañe un cierto *menosprecio por el lugar*, algo que debe ser *acogido por el dolo del agente*, como añadido al dolo específico del delito que comete e *innecesario para llevarlo a cabo*, pues en otro caso -de ser inherente al delito-, no nos encontraríamos con ningún plus que pueda fundar mayor punición.

Hay que tener en cuenta que determinadas conductas tipificadas pueden ya entrañar el desvalor que supone la concreta consideración del lugar en que se cometen: p.ej. el delito de desórdenes públicos del art. 348 o el daño que se lleva a cabo sobre objetos que forman parte del patrimonio cultural (art. 222.3)], que puede llevar incito el acaecer en lugares de especial consideración, o las faltas de los arts. 395 o 402. En tales casos la agravación queda absorbida por el desvalor de la conducta tipificada.

Morada del ofendido

La agravante de “morada” tiene su *fundamento* en el *riesgo* potencial que para los bienes jurídicos de mayor entidad que los puramente patrimoniales (tales como la vida, la libertad sexual o la integridad de las personas) supone la comisión de este tipo de delitos en la morada del ofendido, ante la eventual presencia y la consiguiente reacción de los moradores.

La agravante ofrece un carácter marcadamente objetivo, por cuanto resalta una mayor antijuridicidad de la conducta del agente, quien para la consecución de su propósito, no respeta la cualificada consideración del hogar ajeno y lo ultraja cometiendo en él el hecho, conculcando así la protección que la norma dispensa al domicilio de la persona humana. No se exige ningún elemento subjetivo del injusto, debiendo entrar en juego, por el simple hecho de que el autor del delito conozca la cualidad de la ajeneidad y quiera dolosamente efectuarlo.

La agravante se puede apreciar, lo mismo si se entra en la vivienda con aquiescencia de su titular y luego se realizan en ella los hechos delictivos, como si la entrada se lleva a cabo mediante la utilización de la violencia; por ello cabe apreciar la circunstancia en cuestión si el impulso criminal nace y la acción se realiza después de franqueado el paso.

205

El *domicilio* es considerado en su sentido más amplio, aunque de siempre se hayan dado discrepancias doctrinales al respecto, por comprender no sólo la habitual morada o domicilio legal de la persona, sino también la residencia aunque fuere meramente accidental, si sirve para descanso y satisfacción de las condiciones y necesidades íntimas. No importa por tanto el título por el que se disfrute la habitación, por lo que tendrán también esta consideración las habitaciones o departamentos de hoteles o pensiones destinadas a alojamiento.

La expresa referencia que hace el Código a que el sujeto pasivo de la acción *delictiva no haya provocado el suceso* se relaciona íntimamente con el hecho de que el reproche le viene dado al agente por la búsqueda de una situación que sabe especialmente reprochable por la carga que el espacio del delito lleva consigo, por lo que ello no tendría razón de ser si ha sido la víctima, titular de la morada, quien ha generado el que la situación delictiva se produzca y que, obviamente, ello suceda en ese lugar, lo que hace que el sujeto activo se encuentre con una situación que no ha buscado expresamente, sin darse por tanto la específica disposición del sujeto a la que antes hicimos mención.

Resulta obvio señalar que la circunstancia está incita en el delito de allanamiento de morada del art. 188, por integrar el hecho un elemento del tipo.

ABUSO DE SITUACIONES ESPECIALES

11) Cometer el delito con abuso de relaciones domésticas, de cohabitación o de hospitalidad;

La confianza es un sentimiento que surge por las condiciones de una persona o por el trato que con la misma se mantiene. La violación de la confianza se da cuando se conculca la lealtad hacia la persona que en el agente confía o cuando se aprovechan las facilidades que el trato recibido o la convivencia mantenida traen consigo.

La agravante tiene como fundamento la especial perversidad del agente, que aumenta el juicio de reproche.

206

El Código ciñe la aplicación de la agravante a un ámbito limitado, cual es el que surge del hecho de que autor y víctima compartan un espacio físico de cierta privacidad, lo que da lugar a que las relaciones interpersonales se tiñan al mismo tiempo de una relajación de las cautelas que cualquier persona podría mantener frente a otra, con la puesta a disposición del otro incluso de parte del patrimonio material y personal, lo que el agente aprovecha para acceder a bienes jurídicos ajenos de variada índole (patrimonio, las más de las veces, libertad sexual), merced a la actitud despreocupada de la víctima y al especial conocimiento de las circunstancias de tales bienes y el mejor momento para acceder a los mismos, situación que sitúa al sujeto activo en mejor posición que otros eventuales sujetos ajenos al vínculo o fuera de la situación descrita.

Si se ha producido o no abuso será algo que en muchas ocasiones se derive muy gráficamente observando el modo de obrar del agente, que asegura el hecho y limita el riesgo.

No bastará una mera convivencia material, sino que han de existir otros signos que denoten que en la misma se han establecido vínculos de confianza, ya que la primera puede existir sin que la parte ofendida haya rebajado las cautelas que pueden facilitar al otro el acceso a la ofensa que el delito supone.

Hay delitos en que la violación de la confianza está prevista en la definición del tipo como un elemento del mismo, por lo que no se podrá apreciar la agravante; tal es el caso paradigmático de los delitos de estafa y apropiación indebida.

SEVICIA**12) Aumentar deliberadamente los sufrimientos de la víctima;**

Todo delito que consiste en una ataque que directamente incide sobre la persona tiene un componente de violencia que genera un determinado sufrimiento para quien lo sufre; es como si el delito, en los términos en que habitualmente puede concebirse, según la definición que del mismo da el Código, llevase aparejada una determinada carga de violencia y de paralelo sufrimiento para la víctima. La *sevicia* a que hace referencia el precepto como título se identifica con la “*crueledad excesiva*”, lo que parece incidir en el comportamiento del sujeto activo, mientras que la definición con la que se desarrolla el texto del artículo incide más en la consecuencia lógica de esa acción.

Se trata de una circunstancia en la que se halla presente una *dimensión subjetiva*, residenciada en una complacencia en el sufrimiento ocasionado a la víctima o, lo que es igual, por un íntimo propósito de satisfacer bajos instintos de perversidad, provocando -con una conciencia y voluntad decidida que raya en lo inhumano- más dolor y males innecesarios al sujeto pasivo de la acción, lo que lleva -a través de ese plus de culpabilidad- a su cualificación agravatoria: ello no tiene nada que ver con la finalidad esencial del delito, sino que a ésta se suma otra, cual es la de *hacer sufrir más de lo necesario a la víctima*.

207

Resulta imprescindible sin embargo descender a la personalidad del sujeto activo del delito, ya que la introducción de un término que hace referencia a que ello se haga “deliberadamente” viene a incidir sobre lo anterior exigiendo que el mismo no se presente la forma en que actúa como estrictamente necesaria o imprescindible para la ejecución del delito propuesto, ya que en caso contrario no existiría el necesario componente subjetivo invocado.

Al lado de lo anterior, contemplando expresamente el modo de obrar del sujeto o los resultados -no sólo materiales- acaecidos sobre la víctima, se aprecia la ejecución de males innecesarios sobre ella, como *elemento objetivo* definitorio de la agravante.

Cabe la duda de si los sufrimientos a que hace referencia el Código son únicamente materiales o si pueden incluirse como tales *sufrimientos de carácter moral*. Somos proclives a pensar que sí porque nada lo impide desde un examen conceptual de los elementos que el texto emplea para construir la agravante, además de que la contemplación de la realidad nos hace constatar que determinadas puestas en escena que acompañan ampulosamente la ejecución de determinados delitos contra las personas (piénsese especialmente en los delitos contra la libertad sexual) lo que

provocan precisamente es un aumento desproporcionado del sufrimiento moral o humillación que trae el delito consigo, de forma que el mal físico causado se mantiene inalterable, siendo estas circunstancias aparentemente accesorias las que en realidad subliman el mal causado en determinadas conductas.

IGNOMINIA

13) Emplear medios o hacer que concurran circunstancias que añadan ignominia a los efectos propios del hecho;

La perpetración de una conducta delictiva comporta, según la forma natural de ser de los hechos susceptibles de integrar el tipo penal, unos efectos aproximadamente predeterminados sobre el sujeto. El logro de unos fines delictivos exige la puesta en práctica de unos medios o la concurrencia de unas circunstancias idóneos para ello y ha de entenderse que el juicio de reproche que contiene el tipo penal surge de la ordinaria puesta en práctica de tales medios o circunstancias, de forma que lo excepcional de unos y otras traerá consigo la consiguiente exacerbación punitiva dentro de los límites en que puede moverse el arbitrio judicial a la hora de determinar la pena a imponer.

208 El precepto, que parte de los negativos efectos que siempre trae consigo el delito para la víctima, prevé en concreto una especial presencia de ignominia en la forma con que se contempla al sujeto pasivo tanto durante la ejecución misma de la secuencia delictiva como a resultados de la misma, ignominia que hace referencia a una *situación de afrenta pública*, expresamente prevista y buscada por el sujeto activo, quien con ello es *consciente de añadir a su delito la colocación del ofendido en una situación de vergüenza, baldón o escarnio*, que, obviamente, no son inherentes ni necesarios para la conducta delictiva que se desarrolla, por lo que tipos delictivos, como los delitos de calumnia o injurias llevan implícita esta circunstancia en su propia definición y por ello repelen su apreciación.

MÓVIL DE INTERÉS ECONÓMICO

14) Cometer el delito mediante precio, promesa, recompensa o esperanza de ventajas económicas; y,

Para poder apreciar la agravante *debe ser claramente el motor de la acción criminal*, pues si existe un precio o recompensa, o promesa o esperanza de ventajas económicas, pero el mismo no ha sido lo que ha impulsado aquélla, no puede apreciarse la agravante, que requiere para su existencia:

- a) En cuanto a la actividad, el recibir o esperar una *prestación de tipo económico* para la ejecución del hecho.
- b) En cuanto a la culpabilidad, que la citada prestación influya como *causa motriz del delito*, mediante el pacto remuneratorio, afectándole tanto al que entrega como al que recibe el precio.
- c) En cuanto a la antijuricidad, que la mediación de tal elemento pecuniario tenga la suficiente intensidad como para que la sociedad considere una *especial inmoralidad y falta de escrúpulo en el comportamiento delictivo*, por encima del reproche que ya el mismo, como tal, lleva consigo.

La propia forma natural de presentarse la circunstancia exige la presencia de dos sujetos: quien recibe o espera recibir y ejecuta el delito y quien entrega u ofrece. Se han planteado serias disquisiciones doctrinales sobre la comunicabilidad de la circunstancia al oferente, visto que la redacción del artículo hace referencia al receptor. La naturaleza fundamentalmente subjetiva de la circunstancia, que hace hincapié en el móvil lucrativo que informa la actuación delictiva, decanta básicamente la *aplicación de la misma hacia quien hace la entrega o realiza la oferta*, mientras que la actuación del otro sujeto descrito suele presentarse como *autoría por instigación* conforme al art. 35 del Código.

209

No obstante lo anterior, es interesante referir el esquema que se ha elaborado por la doctrina científica al estudiar las distintas formas en que la recepción pecuniaria o su oferta inciden sobre la voluntad criminal del ejecutante:

- Si el sujeto había decidido ejecutar la acción, pero la oferta o entrega incrementan psicológicamente la seguridad de la decisión, habrá que estudiar la incidencia de ello como elemento que refuerza la idea criminal a fin de valorar si la conducta del otro es incardinable como cooperación necesaria o como complicidad.
- Si la decisión del ejecutante era tan firme que la entrega o promesa para nada la acentúan, nos podemos encontrar ante un supuesto de proposición criminal establecido en el art. 23 de este Código.
- Si se da la hipótesis de una nula incidencia de la oferta o entrega sobre el sujeto receptor, debe declararse la impunidad de la actuación, visto que la forma en que se concibe la proposición del art. 23 requiere una determinada eficacia para ser acreedora de reproche penal.

Teniendo en cuenta que los móviles de tipo económico, abyectamente entroncados en ocasiones en el ser humano, son muchas veces auténtica génesis de comportamientos delictivos, habrá que ser especialmente cuidadosos con esta circunstancia para apreciar si ya la norma penal definitoria de la conducta delictiva ha considerado al describirla o sancionarla el móvil económico o si ello es inherente a la propia conducta, que sin el mismo, no llegaría a cometerse. Obvio resulta, a título de ejemplo, que ello sucede con los delitos contra la propiedad o conductas como el cohecho o la prevaricación.

MÓVILES FÚTILES O VILES

15) Cometer el delito por móviles fútiles o viles. (9)

La *futilidad* hace referencia al poco aprecio o importancia, al escaso valor o consideración. La *vileza* se identifica con lo indigno, bajo, despreciable, torpe o infame.

Resulta claro que cualquier conducta delictiva, por el mero hecho de serlo, lleva aparejada una consideración negativa y que los motivos que llevan a una persona a incurrir en la misma no son asumidos socialmente, pues la existencia del derecho penal tiene su razón de ser en la defensa de aquello que muy especialmente la colectividad considera como bienes a defender de los más graves ataques.

210

Podría pensarse teóricamente que cualquier móvil que lleva a delinquir puede ser acreedor a esa consideración de futilidad o vileza, pero un encuentro con la realidad nos lleva a observar que *una cosa es el elemento subjetivo que se halla presente en cada conducta delictiva y otra distinta son los móviles que llevan a la persona a desarrollar los actos definidos típicamente*, donde puede decirse que hay tantos móviles como personas y situaciones, sin que ninguno de aquellos que conduce al sujeto a la comisión de un delito esté asumido socialmente, aunque parece obvio que la consideración de unos y otros es bien distinta.

Un ejemplo puede resultar sumamente gráfico: tres actos son similares, el apuñalamiento de una persona que provoca su muerte; igualmente lo son las intenciones que a ello conducen, el deseo de dar muerte a otra persona; sin embargo, el primer agente obra motivado por la venganza ante el hecho de que la víctima violara en su día a su hija, el segundo se decide a tan contundente acción ante el desagrado que le produce el que el otro cuestione la propiedad de unos pocos metros en una propiedad lindera y el tercero, separado matrimonialmente de su esposa, a quien se ha encomendado la guarda del hijo menor, privándole a él de cualquier comunicación con él, da muerte al niño ante la contrariedad que le produce el que sea finalmente la madre la única que va a disfrutar de su compañía. Resulta obvio que los elementos objetivos y subjetivos de

la acción son similares en los tres casos, pero no lo es la valoración social de los móviles que impulsan a cada uno de los sujetos y de hecho podríamos decir que la propia situación define a tres personas completamente distintas que se muestran *acreedoras de una diferente reacción de castigo, tanto en su cantidad como en su intensidad*, ya que es obvio que los déficits a corregir en unos y otros son completamente distintos.

Es ese continuo *deseo de que la culpabilidad contribuya decisivamente en la medida de la pena* lo que justifica la existencia de una circunstancia como ésta.

REINCIDENCIA O HABITUALIDAD

16) Cometer el hecho, como autor o partícipe, de forma reincidente; es decir, cuando se trate de un nuevo delito realizado dentro del período de los cinco años siguientes a la fecha en que se haya sancionado al imputado por un delito doloso que atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza.

No se considera reincidencia cuando se trate de varios hechos cometidos en la misma fecha o período de tiempo sin solución de continuidad, o tratándose de concurso ideal o real de delitos, cuando se hayan iniciado diferentes procesos para sancionar por separado los hechos que los conforman.

211

Cometer el hecho habitualmente, es decir en las mismas circunstancias del inciso anterior, después de haber sido condenado en dos o más ocasiones.

Sólo se apreciará la reincidencia y la habitualidad cuando se trate de delitos dolosos. (11)

DAÑO A LA CONFIANZA PÚBLICA

17) Tener el sujeto activo del delito, la calidad de funcionario público, autoridad pública o agente de autoridad; (13)

IRRESPETO A FUNCIONARIOS PÚBLICOS, AUTORIDAD PÚBLICA O AGENTE DE AUTORIDAD

18) Ejecutar el delito contra un funcionario público o autoridad pública o agente de autoridad, en atención a su calidad de servidor público, sea que se encuentre o no en el ejercicio de sus funciones. (13)

JURISPRUDENCIA.

Alevosía. “A este respecto la Sala es del criterio que para la aplicación de la agravante de alevosía basta que resulte evidente que al verificarse la agresión el ofendo no haya podido imaginarse el ataque y que no haya podido defenderse del acto no esperado, siendo irrelevante que dicha defensa haya sido posterior como en el caso de autos y si a esto agregamos que la alevosía tiene lugar no solo, cuando el delincuente busca y selecciona los medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar, la ejecución del delito, sino que también cuando intencionalmente se aprovecha de las situaciones existentes para ejecutarlo, con mas la consideración de la agravante es correcta. (Casación, 04-04-03)”

212

“Los autores Tomas Vives Anton y otros; en su obra “Derecho Penal. Parte Especial”, señalan que la jurisprudencia española determina que existe alevosía cuando se cumplen los cuatro requisitos siguientes: a) **NORMATIVO**. Pues sólo puede aplicarse en los delitos cometidos contra las personas; b) **OBJETIVO**, que radica en el “modo operandi” y se refiere al empleo de medios, modos o formas en la ejecución tendentes a asegurarles eliminando cualquier posible defensa de la víctima; c) **SUBJETIVO**, pues el agente ha de haber buscado intencionalmente, o al menos haberse aprovechado conscientemente, de perseguir eliminar toda resistencia del ofendido; y d) **TELEOLOGICO**, pues ha de comprobarse si en realidad en el caso concreto, se produjo efectivamente una situación de indefensión. (T.S. 3º S.S., 09-08-02)”

Premeditación. Los elementos característicos de la premeditación son: 1) la concepción firmemente resuelta de ejecutar el hecho criminoso; 2) la determinación mediata, persistente, reflexiva de la perpetración mas o menos próxima del delito y que tales elementos se deduzcan mediante los signos exteriores reveladores de toda evidencia de la existencia del propósito del agente realizador del delito. La Sala de lo Penal por sentencia ha definido la premeditación en los siguientes términos: “para que un homicidio pueda considerarse cometido con premeditación es necesario que concurren las circunstancias siguientes: a) que el reo haya tomado libremente la resolución de cometer el delito; b) que haya persistido en ella; c) que entre la resolución y la ejecución haya transcurrido cierto tiempo; y d) que durante este tiempo el reo haya tenido calma y frialdad de ánimo. (Juzgado Cuarto de Menores de San Salvador, 12-01-99)

Abuso de superioridad. Ahora bien, el abuso de superioridad no significa alevosia, representa una indefensión en grado menor que la alevosia, puesto que en este supuesto lo que ocurre es un debilitamiento de la defensa pero nunca al extremo de la indefensión, pues de concurrir ésta habría alevosia. Así, pues la alevosia como causa agravatoria

tiene preeminencia sobre el abuso de superioridad en cuanto que constituye una circunstancias más desvalorante. (T.S. 3° S.S., 09-11-01)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Si bien es cierto se hicieron comentarios previos a las atenuantes, que eran también predicables a ambas formas de modificación de la responsabilidad penal, es provechoso en este apartado abundarlos. (a) el fundamento de las circunstancias agravantes, radica en poder desvalorar de una manera más intensa, sea el desvalor del injusto en cuanto desvalor de acción o desvalor de resultado, y el desvalor de culpabilidad, el cual puede recaer de manera singular, en cualquiera de estos aspectos o puede concurrir de manera integrada sobre los mismos; (b) las agravantes pueden ser genéricas o especiales, son genéricas las estatuidas en el artículo 30 CP, siempre que no concurren en ningún tipo penal de manera explícita o implícita; son especiales propias, las agravantes que al concurrir modifican la tipicidad, creando un tipo agravado, por la concurrencia de la circunstancia agravante que en este caso se denomina especial; son especiales impropias aquellas que se contienen implícitamente como elemento del tipo penal, pero que no conforman un tipo penal agravado, sino que están incluidas dentro del merecimiento abstracto de pena; (c) las circunstancias agravantes genéricas y las especiales deben ser probadas, es decir sobre ellas debe recaer un elemento objetivo de prueba para su acreditación, por ende no pueden ser presumidas legalmente; (d) la prohibición de interpretar por vía de analogía las circunstancias agravantes genéricas, y en cuanto a las agravantes especiales la interpretación debe ser restrictiva, cuando se usen fórmulas de expansión, por ejemplo cuando se dice “con veneno u otro medio insidioso”, la interpretación debe hacerse en conexión al concepto de origen, mediante una interpretación lo más situada dentro de ese tenor literal posible; e) punto importante es la prohibición de doble valoración, respecto de las circunstancias agravantes, de acuerdo al principio de culpabilidad, estaría proscrito hacer una doble valoración respecto de las agravantes, puesto que ello incidirá en la magnitud del injusto o de la culpabilidad, que significara a su vez un incremento de la pena. De ahí que, si la agravante genérica ya esta contenida como un elemento del tipo penal simple, no procede su apreciación como circunstancia genérica, pues ello implica doble valoración. Si la agravante genérica ya esta considerada como una agravante especial en el tipo penal, que determina un tipo penal agravado, tampoco procede su valoración. Si se valora una circunstancia agravante, como fundamento de la determinación de la pena (63 N° 5 CP) ya no puede ser valorada, en los restantes condiciones de la determinación de la pena, y lo mismo sucede a la inversa, la consideración en la determinación de la pena de un desvalor del injusto o de la culpabilidad (extensión del daño o calidad de motivos) que impute un mayor desvalor al hecho, impide volverlo a valorar como circunstancia agravante, en virtud de la prohibición de doble desvaloración.

Alevosía. Únicamente añadir, sobre el doble fundamento de la alevosia, que por una parte radica en un mayor desvalor de la acción, lo cual agrega un mayor contenido desvalorativo al injusto, cuando se pretende asegurar la ejecución del hecho, neutralizando una eventual defensa del sujeto pasivo; el otro aspecto que debe cubrirse, es de índole subjetivo, significando un mayor desvalor de la culpabilidad, vinculado en este caso a las formas de ataque proditorias. La alevosia puede derivarse, de la forma en la cual se ejecuta la conducta, cuando esta es de carácter proditorio —es decir por asechanza— o cuando se realiza mediante ámbitos de confianza, pero este aspecto, no basta para colmar la calificante, debe esta forma de ejecutar el delito, provocar toda imposibilidad de defensa del sujeto pasivo, sin que la misma signifique debilitamiento, por muy intenso que éste sea, por que en tal caso se presenta un abuso de superioridad; de ahí que, no es suficiente debilitar la defensa de la víctima, para que concurra la alevosia, sino que el ataque debe ser tal, que incapacite para la defensa, si queda oportunidad de defensa, por leve que sea, no concurre alevosia. La alevosia sobrevenida, que es aquella por la cual, el hecho comienza sin ser alevoso, pero en la ejecución se emplean formas alevosas de ataque, debe ser apreciado muy restringidamente, sólo cuando se haya anulado completamente la defensa de la víctima; de igual manera, un hecho puede comenzar a ejecutarse alevosamente pero en su ejecución dejar de serlo, con lo cual no se aprecia la alevosia. La alevosia debe ser cubierta por el dolo, y demostrada mediante elementos de prueba objetivos. En caso de víctimas menores de doce años, y homicidio precedido de secuestro, se determina una presunción legal, respecto de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; desde el principio de culpabilidad, están prohibidas todo tipo de presunciones o fictas que se introduzcan en las normas penales, completas o incompletas, de ahí que, esta forma de construir normas penales, trasgrede dicha garantía; pero la misma es innecesaria, por cuanto esas dos situaciones, que pueden ser constitutivas de alevosia, según las particulares situaciones en las cuales ocurra, son entendidos como “estados de desvalimiento de la víctima”, y a tal conclusión puede llegarse, mediante presunciones judiciales que imponen el deber de motivación, de ahí que esa interpretación conforme con la Constitución, habría que darle a esa parte del precepto, para salvar la constitucionalidad de la misma, en el sentido que no es la ley anticipadamente, la que establecerá un hecho como probado, sino la evidencia y las inferencias que de ella formule la autoridad judicial.

Insidia. Sin duda, la agravante tiene su fundamento en el mayor desvalor del injusto, por la forma en la cual se ejecuta el delito, de ahí que su valoración, debe centrarse en este aspecto, pero esta figura, en cuanto significa ocultamiento o asechanza para cometer el delito, se vincula a otras formas ya comprendidas como la alevosia, es por ello quizá que, estas formas de agravar la conducta, han sido superadas por la dogmática penal.

Abuso de superioridad. Esta calificante, goza de los mismas exigencias de la alevosia, es por así decirlo, una forma menor –o de segundo grado como la denomina el comentarista original– para la cual se requiere: a) Que concorra superioridad en el sentido de un sustancial desproporción de fuerzas entre sujeto activo y sujeto pasivo; b) que se genere una especie de indefensión que no tiene que ser completa por que significaría alevosia; c) que el sujeto activo abuse de dicha superioridad, por lo cual, debe conocerla, es decir este elemento debe estar cubierto por el dolo; d) la superioridad debe no ser parte del supuesto de hecho del tipo penal, o cuando por la estructura del tipo penal, necesariamente tenga que concurrir tal superioridad para su ejecución.

Artificio para lograr la impunidad. Quizá convenga hacer la valoración de que ambos circunstancias, deben ser valoradas bajo un criterio de interpretación restrictiva, de prohibición de doble valoración y de la interdicción de actos copenados cuando estos sean co-sustanciales a la conducta. El segundo supuesto es la conocida como de “conexidad”, que puede ser de doble vía teleológica; cuando un delito es medio necesario, para cometer otro; o de vía consecuencial, cuando un delito sirve para asegurar el hecho de otro delito. Estas forma de agravación, es incompatible con los tipos penales complejos, por lo cual su apreciación es muy limitada, por cuanto, ya tiene una especial forma de agravación en los concursos delictivos o puede ser desechada por constituir un concurso aparente. Por estas razones es que se destacaba su interpretación restringida a aspectos fuera de las regulaciones concursales.

215

Aprovechamiento de facilidades de orden natural. Sólo indicar, que la esencia de esta calificante, radica en un mayor desvalor del injusto, por cuanto representan circunstancias de debilitamiento de la defensa de la víctima, al encontrarse en las situaciones de nocturnidad o despoblado. El énfasis que se hace, de que el autor, debe buscar de propósito dichas circunstancias, determinan la exigencia del dolo. En virtud del principio de legalidad, el concepto noche debe ser interpretado de manera restrictiva, y no en perjuicio, por lo cual, sólo en ocasión de ese período, puede imputarse la calificante, una situación de oscuridad en un lugar físico, de no ocurrir de noche no importa la agravante; al contrario, aunque el hecho sea cometido de noche, pero si no se causó indefensión, tampoco se imputa la agravante.

Reincidencia o habitualidad. La determinación de esta agravante, en un derecho penal que reconoce el principio de culpabilidad, altera esencialmente este principio, por cuanto, la reincidencia independientemente de todos los apelativos que puedan asociársele, es una de las formas más concretas, de reconocer la vigencia del derecho penal de autor, ello no es una simpleza, por cuanto, significa, un incremento en el índice desvalorativo de la culpabilidad y de la pena; y es que, esta agravante al no ser una forma de mayor desvaloración del injusto –aunque esta tesis se ha propuesto sin

éxito como después se dirá— tiene, o que aceptar su mayor desvalor en la culpabilidad de la persona, con lo cual se trasgrede el principio de culpabilidad, no sólo en el ámbito del derecho penal de acto, sino también en la prohibición de doble valoración, lo cual se concreta en una violación al principio de *Ne bis idem*; por el contrario, si el fundamento no es la culpabilidad, sino la “peligrosidad”, tal sustento es incompatible totalmente con el derecho penal de culpabilidad, que asienta en el postulado que la pena por el delito cometido, únicamente tiene como fundamento la culpabilidad y no la peligrosidad del sujeto. De ahí, la decisión de hacer en su momento una disgregación respecto del fundamento de la culpabilidad de autor y respecto de la peligrosidad, ambos fundamentos de la reincidencia. La decisión de que la reincidencia, agrave la responsabilidad penal, del nuevo injusto penal cometido, es una opción propia de derecho penal de autor, en el sentido que, lo que se pretende castigar fundamentalmente, es la personalidad del delincuente, la proclividad hacia el delito, la inclinación respecto del crimen.

216

La reincidencia es entendida como “la problemática de las disposiciones legales que hacen derivar una consecuencia jurídica más grave o más privativa de derechos de la circunstancia de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito” (Zaffaroni, 1992: 36) indicándose que la misma, puede ser entendida como genérica o específica, ficta o real. Es genérica, cuando el delito antecedente por el cual se es condenado no tiene distingo alguno, es decir, sólo interesa la condena por cualquier delito doloso; al contrario se dice que es específica, cuando es necesario que el nuevo delito cometido, sea de igual entidad al cometido anteriormente o al menos de la misma naturaleza. La reincidencia es calificada de *ficta*, si cuando para su concurrencia, únicamente basta la declaración de condena, aunque la pena no se haya cumplido; por el contrario es real, cuando requiere el cumplimiento de la pena. La reincidencia en cuanto a su justificación, ha transitado por diferentes alternativas, cuyo examen refleja la adopción de fines deletéreos, que convergen en la visión de la personalidad delincuente del infractor —es decir aceptando un derecho penal de autor y no de acto.

No obstante las diversas justificaciones, con las cuales se ha pretendido legitimar la agravación de la culpabilidad y de la pena, para aquellas personas que ya condenadas por un delito han continuado delinquiriendo; la clave valorativa de la agravación, radica en la situación de que la persona, es un delincuente “bastante incorregible”, el fundamento de la nueva desvalorización en la culpabilidad, y el aumento en la dosimetría de la pena, no es el nuevo hecho cometido, sino la personalidad delincuente del ya condenado, ello significa no otra cosa, que estar prescribiendo un derecho penal de autor, por el cual, más que los comportamientos, se desvalorizan personalidades, en el sentido que la culpabilidad y la pena, encuentran su base en la persona del delincuente, una personalidad proclive al delito y peligrosa por sí misma, lo cual afrenta al derecho

penal de culpabilidad, pues el reproche tiene sus esencia, en la personalidad peligrosa (Cobo del Rosal, Vives Anton 1996: 814).

De analizarse el precepto, se colige que se recepta una reincidencia específica, dado que se tiene en cuenta, la misma naturaleza del delito precedente, lo cual sin embargo, se ve amplificado por la remisión que se hace, a la lesión al mismo bien jurídico, cuando un interés jurídico puede ser ofendido por diversos delitos. También se acuña el modelo de la reincidencia ficta, por cuanto sólo basta la imposición de la sanción, periodo que se extiende a cinco años. Sin embargo como se dijo, la reincidencia es contrario del principio de culpabilidad, el cual tiene rango constitucional y no puede ser transgredido por leyes secundarias.

La afectación al *Ne bis in idem*. Otro punto a considerar, es la violación que la reincidencia implica, para el principio de *Ne bis in idem*, por cuanto también entraña un agudo problema, en el sentido que la consideración nuevamente del hecho ya declarado culpable, por el cual se impuso una pena, el cual nuevamente se considera para aumentar la culpabilidad y por ende la pena, significaría una afcción a otra garantía, de índole constitucional, en el sentido de que no es posible un doble juzgamiento, por los mismos hechos; puesto que aquellos hechos ya juzgados, es el fundamento –no existe otro– para imponer una sanción más grave.

217

Entre nosotros, la estructura de la garantía del *Ne bis in idem* responde a la denominada fórmula amplia –la cual la doctrina entiende– que prohíbe, no sólo la múltiple penalización por un mismo hecho, sino incluso su múltiple persecución, distinguiéndose entonces, entre una garantía con alcance más restringido, que sólo resguarda de la doble penalización, y otra que tiene una dimensión mayor, puesto que no solo impide la doble penalización, sino también evita el doble procesamiento. Es decir que, en esta última formulación, basta el solo riesgo o eventualidad, de ser sometido a las consecuencias jurídicas del delito, para que la aludida garantía opere su manto protector.

Pues bien, la Constitución nuestra prescribe en el artículo 11 Cn que nadie “puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”. Nótese que la alusión de la garantía, alude a la fórmula extensiva, que impide el doble juzgamiento. En tal sentido, al escrutar la valoración de la reincidencia se obtiene lo siguiente: a) La reincidencia es una causa de modificación de la responsabilidad penal que la agrava (artículo 30 CP); b) Esta circunstancia de hecho, deberá acreditarse con el informe respectivo de la condena por delito doloso –nuestro sistema sigue la reincidencia ficta– y para ser tomada como circunstancia agravante, debe ser valorado lo respectivo a la anterior condena; c) Lo que sirve de fundamento, para agravar la culpabilidad, es la comisión de un delito doloso anterior de la misma especie, que es lo que hace reincidente al sujeto; d) en

virtud de ese mayor desvalor de la culpabilidad, la pena sufrirá un mayor agravamiento dentro de su límites naturales; d) El hecho anterior, que se valora como circunstancia que da paso a la reincidencia, y al mayor desvalor de la culpabilidad y de la pena, es un hecho ya juzgado, por el cual el acusado en su momento fue declarado culpable; e) como necesariamente la reincidencia, debe partir del hecho ya juzgado –pues de lo contrario no habría configuración de reincidencia– al acusado se le toma en cuenta un hecho, por el cual ya fue objeto de juzgamiento, y sobre ese fundamento, se declara una mayor culpabilidad y una pena más severa. En conclusión entiendo que aplicar la agravante de reincidencia no solo afecta el principio de culpabilidad, sino también el principio de que nadie puede ser juzgado –y obviamente sancionado – dos veces por los mismos hechos.

218

La habitualidad. Corresponde ahora hacer un somero análisis, respecto de la denominada habitualidad, por cuanto esta figura es sólo una variante, de la reincidencia, de ahí que los mismos argumentos, que se han expuesto para la reincidencia, sean validos para la agravante de habitualidad, desde el texto legal, habituales serían las personas que después de haber sido condenadas dos veces por un delito, que atente contra un mismo objeto de protección o de idéntica naturaleza, cometan un delito doloso, en las mismas circunstancias. En palabras sencillas, la regla se define en el sentido que, una persona declarada reincidente, que cometa un nuevo delito contra el mismo interés jurídico protegido es habitual, por cuanto el reincidente ha cometido por lo menos dos delitos.

Es por ello que la habitualidad, no es otra cosa entonces, que una reincidencia agravada, sus fundamentos radican –al igual que los de la reincidencia– en los postulados del peligrosismo o del derecho penal auctor, de ahí se va imponiendo, una transición entre el estado de reincidencia al de la habitualidad en el delito, lo cual tiene como fundamento una mayor drasticidad, en la respuesta punitiva ante personas, que se antojan irredentas para el sistema penal que la etiqueta de esa manera.

La opción que se haga por un derecho penal en el cual, se acuñe la reincidencia o la habitualidad, como fundamentos de una mayor culpabilidad –aun como circunstancia agravante genérica– que además, reproduce una mayor drasticidad en la pena, tanto en su dosimetría, como en la forma de su ejecución, es una alternativa que se centra, en el derecho penal de autor, fundamento que encuentra su justificante real, en la visión de un derecho penal no democrático, lesionador de los principios que reivindican al hombre, como eje central de la actividad estatal –dignidad humana, culpabilidad– puesto que la reincidencia, no significa ni un mayor desvalor del injusto ni una mayor reprochabilidad en la culpabilidad, por el hecho actual por el cual se juzga al acusado, y por el cual se le declara culpable; por lo tanto, su remisión a hechos ya juzgados del

pasado, para agravar la culpabilidad y la pena, significan el reconocimiento de un derecho penal, orientado a la personalidad del sujeto, y no a los actos o hechos actuales, por los cuales se le esta juzgando De ahí que, la vocación por un derecho penal de autor, sea que se funde en la peligrosidad del sujeto, o en la tipología y culpabilidad autoral, en el cual el fundamento de la culpabilidad y la sanción que devenga, tenga como base lo que la persona es, y no lo que realizó, lesiona el principio de intangibilidad de la conciencia del ser humano, y por ende desconoce el principio de culpabilidad.

Consecuencias de la Reincidencia. Son diversos los mecanismos de agudización de la respuesta penal, para aquellos que son calificados como reincidentes o habituales, así sin entrar a analizar en detalle su contenido, son dignos de mencionarse: a) La excepción a la concesión de la libertad condicional a los declarados reincidentes o habituales –Art. 92-A CP–; b) la imposibilidad de conciliación en delitos cometidos por reincidentes o habituales –Art. 30 CPP–; c) la sujeción a un régimen de internamiento especial en virtud de ser reincidente, cuando se impone de prisión, por cuanto el artículo 45 N° 1 hace una reenvió a la Ley penitenciaria –artículo 103 de La Ley Penitenciaria–; d) agravamiento específico de la sanción. Como en el caso del delito de Tenencia, portación o conducción ilegal de armas. –artículo 346-B CP–. Debe indicarse, que este modelo de reincidencia es todavía más lesivo, por cuanto, ya no hace descansar la pena sobre los límites abstractos del merecimiento de la pena, sino que le agrega una calificante especial de aumento de pena, basado en un hecho anteriormente juzgado, y por el cual se condenó al justiciable, inclusive se remite a la existencia de antecedentes penales. Resulta obvio, para quien respete los principios que informan el Estado Constitucional de Derecho, que normas de esa índole son violadoras del orden constitucional.

219

Daño a la confianza pública. El fundamento de la agravante, radica en la calidad especial, que ostenta el agente del delito, lo cual constituye un elemento especial propio de autoría, esta es una cuestión importante, por cuanto tal desvaloración, por esa calidad, ya esta incorporada en el injusto penal, la cual se encuentra desmerecida en la pena correspondiente, que tiene asignado el delito en particular, de ahí que, para conservar la confianza de los gobernados –algo que parece valioso– es que precisamente, se han estructurado una serie de delitos que protegen bienes jurídicos valiosos, y que desvaloran negativamente la conducta de un servidor del Estado, cuando ejecuta delitos vinculados al ejercicio de las funciones o labores que le competen. Como ese desvalor del sujeto activo, ya esta incorporado al tipo penal al cual se le asocia una pena, por cuanto se exige una calidad especial, este mismo desvalor no puede ser considerado para constituir una agravante, que en este caso recae en el mismo desvalor del injusto, por cuanto esta proscrita la doble valoración, de una misma circunstancia, para hacer más grave, la pena en el juicio de determinación de pena, y el incremento de la sanción. Nótese, que esta norma en cuanto a su concurrencia, tiene un grave defecto, el cual es

la no inevitabilidad de la concurrencia de la agravante –imposibilidad aletica– por cuanto, lo único que el sujeto podría evitar es el hecho, pero si lo ejecuta, jamás podrá evitar la consecuencia agravante, por cuanto ella es requisito esencial, para la construcción del tipo penal, de ahí que esta no posibilidad de evitación, es la que da razón a la concurrencia de la doble agravante.

220

Es por ello que ante esa situación, se estima que la razón de la agravante, no debe recaer sobre la mera circunstancia de ser el sujeto activo, funcionario público, autoridad pública o agente de autoridad, sino que debe dicha norma debe colmarse de contenido, haciendo una interpretación restrictiva del precepto, por lo cual, lo que debe constituir el fundamento de la agravante, debe ser el prevailecimiento del cargo, que se ostenta para cometer el delito, con ello, no basta la mera calidad predicha, sino que, el sujeto activo, tiene que prevalecerse de dicha calidad para ejecutar el delito. Ese prevailecimiento, que es un desvalor del injusto, informa sobre una mayor ofensividad de la conducta, generando una situación de mayor precariedad, respecto de la tutela del bien jurídico, pero ya no en abstracto –como una especie de *fidelitas*– sino en concreto. Es decir, lo que agrava el hecho, es el abuso del ejercicio de la función pública, para facilitarse la comisión del hecho, y en ello radicarán, la concurrencia de la agravante, de ahí que, si se nota, ese prevailecimiento ahora trasladado a la función pública, lo que genera es una especie de abuso de superioridad o de abuso de confianza, sólo que en atención a la calidad del agente, de la cual el se aprovecha para prevalecerse. Esta intelección restrictiva, con la exigencia de que, no sea el mero cargo sino el abuso del mismo –entendiendo– salva la prohibición de doble valoración, puesto que no se requiere únicamente ser funcionario o autoridad pública o agente de autoridad, sino que además, el delito se cometa con un abuso de esa función, que en el caso concreto, permite una mejor defensa del bien jurídico comprometido.

Los conceptos de funcionario o autoridad pública o agente de autoridad, deben ser interpretados conforme al artículo 39 CP, lo cual excluye a los empleados públicos no comprendidos en el precepto. De igual manera, la agravante únicamente está radicada para quien ostenta la calidad, de ahí que es incommunicable para quien interviene en el hecho como partícipe, es decir aunque el partícipe la conozca, tal situación no importa un mayor reproche, por la condición especial que se requiere para ser objeto de la agravante, el cual descansa en un delito de infracción de deberes que no tiene el intraneus.

Irrespeto a funcionarios públicos, autoridad pública o agentes de autoridad.

Conviene aquí hacer dos apostillas, nuevamente se acude al principio de prohibición de doble valoración, el cual descansa sobre un principio de rango constitucional, como lo es el principio de culpabilidad, de ahí que, sí la estructura del delito, tiene como

sujeto pasivo a un funcionario público, autoridad pública o agentes de autoridad, la agravante ya no puede ser apreciada, por cuanto, el tipo de injusto ya ha desmerecido esa especial circunstancia, por lo que ésta ya no puede ser considerada, para agravar la pena en su merecimiento en concreto, ejemplo claro de lo anterior, sería el delito de resistencia en el artículo 337 CP o el delito de desacato en el artículo 339 CP, o los delitos de desobediencia de los artículos 338 y 338-A CP, en todos ellos, al estar desmerecida ya ésta particular condición del sujeto pasivo, impide su doble valoración, en cuanto circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, por cuanto el desvalor de injusto ya la contiene.

Cuestión aparte, es que el delito se cometa en las mismas personas, que ostentan tal calidad pero no en el ejercicio de sus cargos, sino en las actividades normales de la vida cotidiana; es discutible esta forma de tutela, pero en todo caso, la agravante no se satisface, con la mera objetividad, de la investidura del sujeto pasivo, como funcionario público, autoridad pública o agente de autoridad; sino que deben concurrir, dos elementos subjetivos que de faltar, impiden la concreción de la agravante: a) por una parte, el conocimiento del sujeto activo, de que la persona ostenta un cargo de la especie mencionada, ello debe ser cubierto por el dolo, es decir, debe haber un conocimiento certero, sobre la concurrencia de tal condición en el sujeto pasivo, queda excluido el dolo eventual, sobre dicha circunstancia, sin embargo, la concurrencia del conocimiento no es suficiente b) pero además, debe concurrir un elemento especial de animo en el sujeto activo, el cual está centrado, en que el delito, debe cometerlo la persona con la finalidad, de irrespetar esa calidad que ostenta el sujeto pasivo, si no concurre esa situación específica de delinquir, con una fin de irrespeto, no concurre la agravante en mención; c) por último la condición de ser funcionario, autoridad o empleado público se sustenta en el Art. 39 CP.

221

31

CIRCUNSTANCIAS AMBIVALENTES

Podrá ser apreciada como circunstancia agravante o atenuante, según la naturaleza, los móviles y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del agente. También podrá agravarse o atenuarse la pena, en su caso, cuando el delito se cometa en la concubina o en el compañero de vida marital, si convivieren en la misma morada.

En el ámbito de determinadas relaciones familiares o cuasifamiliares la presencia de conductas de carácter delictivo puede traer consigo un mayor o menor desvalor fundado en la especial relación que liga al sujeto activo y pasivo o, en su caso, no influir en absoluto en el juicio de reproche, que se elabora como si autor y víctima careciesen de cualquier relación.

El *fundamento* de la circunstancia radica en la *vinculación afectiva entre el sujeto activo y el sujeto pasivo* y no tanto en la relación familiar abstractamente considerada; de ahí la asimilación entre relaciones conyugales y otras de mera convivencia y el carácter abierto de la apreciación. Presupuesto lo anterior, la relación descrita comporta en ciertas ocasiones una mayor grado de exigencia respecto a la no realización de determinadas conductas sobre ciertos miembros del grupo, que tienen la expectativa de que un eventual ataque contra determinados bienes jurídicos no provenga precisamente de ciertas personas, mientras que en otras ocasiones sucede precisamente lo contrario al hacerse más tolerable la realización de ciertas conductas que entre personas plenamente extrañas comportarían mayor reproche.

222 El artículo se refiere a las *relaciones* que en nuestro ámbito de cultura presuponen los más estrechos lazos, primero por el hecho de ser familiares y luego, dentro de la propia familia, las que se estiman de mayor relevancia. Precisamente haciendo referencia a esa connotación cultural, el Código se hace eco de que no es sólo la relación matrimonial reconocida por el derecho la que da lugar a determinados lazos de afectividad y convivencia, sino que, aun sin estar consagradas jurídicamente, situaciones de convivencia asimiladas a la matrimonial generan entre los protagonistas unos lazos acreedores de similar consideración a los efectos que nos ocupan, invocándose *la convivencia en la misma morada* como un elemento acreditativo de la vigencia y relevancia de la relación, lo mismo que, en sentido contrario, la ruptura de la convivencia en una relación matrimonial puede ser indicio de la pérdida de relevancia del vínculo, de cara a valorar la posible apreciación de esta circunstancia y el sentido de la misma.

Es claro que la mera existencia objetiva de la relación interpersonal no comporta su relevancia punitiva y, lo mismo que de una forma completamente abierta el Código refiere su ambivalencia como circunstancia agravante o atenuante, debe tenerse en cuenta que *su aplicación será potestativa por el juzgador*, quien de nuevo en este caso no obra con ilimitado arbitrio, sino que actúa en el ámbito de una *discrecionalidad reglada*, toda vez que las variables a considerar en cada caso para resolver primero sobre la incidencia o no de la relación y, en segundo lugar, sobre el signo de la misma, *son la naturaleza, los móviles y los efectos del delito*.

La naturaleza hace referencia al tipo delictivo en cuestión, con especial incidencia en el bien jurídico protegido por el mismo; los móviles son los motivos que llevaron a actuar al agente; los efectos abarcan tanto el resultado de la acción típica como las consecuencias ulteriores de la misma.

El artículo se presenta pues en su formulación legal como una *circunstancia genérica mixta* susceptible de atenuar o agravar la responsabilidad criminal o que puede resultar indiferente. No hay reglas fijas para determinar los delitos y casos en que el parentesco agrave o disminuya la pena, dejando al criterio del juzgador el apreciar si significa una mayor perversidad o si, por el contrario, supone menor malicia y causa menos trastorno que si el hecho se hubiera realizado entre extraños.

Como regla general, se ha venido manteniendo que *agrava en los delitos contra las personas y atenúa en los delitos contra la propiedad*, siendo *inoperante cuando los vínculos se encuentran totalmente anulados*, pero sin que constituya una norma fija tal aplicación, porque ha de atenderse a uno u otro sentido, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, obrando con libertad (reglada) de criterio. Asimismo se ha estimado como *agravante en las infracciones contra la libertad sexual*, haciendo obviamente abstracción de que la relación familiar se constituya como elemento definitorio del tipo.

223

Esta agravación *no se aprecia*, sin embargo, cuando el ofendido haya provocado el suceso desconociendo el vínculo familiar o dando ocasión al delito de cualquier otra forma o exista una profunda tirantez en las relaciones entre los protagonistas de los hechos.

De ello se deduce que, si bien tratándose de delitos contra las personas, la circunstancia mixta de parentesco ha venido funcionando normalmente como agravante en la medida en que las relaciones de parentesco aportan un mayor desvalor a las agresiones contra la vida o la integridad física, lo cierto es que esta regla general pierde operatividad cuando se halla de tal manera rota la relación entre ofensor y ofendido que pueda asimilarse a la de los extraños, debiendo *exigirse en los casos de parentesco por matrimonio la necesidad de una concurrencia real de afecto entre parientes*, por lo que si la unión conyugal estuviera rota de hecho y desaparecida la afección marital, aun sin separación legal o divorcio, no cabe apreciar la circunstancia como agravante. Con mayor razón habrá que rechazarla entre parientes entre los que, pese a la convivencia en el mismo domicilio familiar, no ha existido afecto probablemente nunca y, aún más, en el caso de que en el propio matrimonio dicho afecto esté también ausente por constantes desavenencias y disputas.

En relación con *los delitos relativos al tráfico de estupefacientes* puede estimarse en principio inaplicable la circunstancia de parentesco por no existir agraviado en tal tipo de delitos, que atenta contra un colectivo indeterminado, y no poder apreciarse por tanto relación de parentesco o de otra naturaleza con el agraviado, aunque no sería descartable apreciar la circunstancia de parentesco o convivencia como atenuante, en el caso de suministro de droga a la persona que padecía síndrome de abstinencia por parte de los citados familiares o su pareja de hecho, reconociendo que el acto de tráfico de drogas merece menor reproche social por la relación de parentesco entre donante y donatario, por mover al primero una motivación altruista o humanitaria -aunque mal entendida- de satisfacer el deseo de consumo de droga de su allegado y por haberse arriesgado a la detención y proceso sólo por proporcionar un alivio momentáneo a la drogadicción de un pariente.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

224

Dada la extensión del comentario, sólo corresponde añadir algunos tópicos: a) La circunstancia, no debe ser entendida como un imperativo en su aplicación, en el sentido que ante la concurrencia de una calidad de cónyuge, de hijo, de madre, de hermano, debe apreciarse obligatoriamente la calificante, ora como atenuante ora como agravante, con ello se indica que la mera existencia del vínculo, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, no importa aplicación de la circunstancia; b) el presupuesto inescindible a la existencia del vínculo, es la relación de afectividad, que debe mediar entre los sujetos, de no concurrir esos lazos de afectividad, no tiene razón de ser, la apreciación de dichas circunstancias; c) es necesario que el dolo, cubra este aspecto de la agravante, de ahí que, debe haber conocimiento de dicho vínculo, sin ello, como primer presupuesto no concurre la agravante; d) esta prohibida la doble desvaloración de la circunstancia, cuando concurre como agravante, por cuanto si el tipo penal, ya lo desvalora de manera implícita –por ejemplo en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia económica– o cuando ya esta desvalorado de manera expresa –como en la violación agravada 162 N° 1 CP– no es posible, apreciar doblemente la calificante para agravar la conducta; d) cuestión interesante se plantea, en cuanto si la circunstancia ambivalente, opera de manera análoga, cuando se trata de concubina o de compañero de vida marital; sí la misma puede ser predicada en uniones con personas del mismo género, entiendo que sí, puesto que el fundamento esencial, esta constituido por la afectividad, y en tal sentido, no tienen por que ser excluida la concurrencia de la circunstancia ambivalente, por que lo contrario significaría un trato discriminatorio el cual no es legítimo en una sociedad democrática y pluralista.

CAPÍTULO IV

DE LOS AUTORES Y PARTICIPES

32

RESPONSABLES PENALMENTE

Incurren en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores, los instigadores y los cómplices.

Los autores pueden ser directos o pueden ser mediatos.

En los delitos culposos cada uno responde de su propio hecho.

El precepto parte de la idea de que hay tipos en los que se describe una acción u omisión que es realizada individualmente, pero pudiendo además intervenir otras personas.

225

Puede ocurrir que un sujeto contribuya materialmente a la acción de otro sin intención de ayudarlo, que un sujeto induzca a otro a realizar un delito pero sin ayudarlo materialmente o que varios sujetos se concierten en la ejecución de una acción delictiva, bien realizando todos la acción típica, bien ayudando en ello, bien de forma necesaria, bien de forma secundaria. Es éste el marco en el que se dan las distintas formas de autoría y participación que se desarrollan pormenorizadamente en los siguientes preceptos.

En principio, no hay tantos delitos como partícipes, sino un solo delito y una pluralidad de delinquentes; los partícipes intervienen en la acción, bien induciendo a su realización, bien cooperando en la misma.

Por otra parte, la intervención de una pluralidad de sujetos puede llevar a que todos respondan con la misma intensidad o en distinta proporción; en cualquier caso, la justificación de la responsabilidad del partícipe parte del presupuesto de que el autor lleve a cabo una acción penalmente típica, con independencia de que el mismo, por la razón que sea, pueda estar excluido de responsabilidad penal, radicando la

reprochabilidad de la participación en su contribución a que el bien jurídico sea lesionado sin justificación.

El *sistema de punibilidad* (art. 65) gradúa el castigo en atención a la intervención principal o subordinada que el sujeto haya podido tener.

En los *delitos imprudentes con actuaciones plurales* no hay una conducta que se dirija a la comisión de un hecho y a la producción de un resultado, por lo que se descarta cualquier posibilidad de acuerdo entre varios sujetos. *Habrán tantos delitos de imprudencia como comportamientos culposos concurren en la producción del resultado* y cada sujeto es autor de su propio delito.

Basados en la infracción de un deber objetivo de cuidado, definido específicamente para cada sujeto, debe atenderse a la *capacidad individual del sujeto para observar el cuidado objetivamente debido en los hechos que le competen y advertir la presencia de peligro para el bien jurídico*, lo que comporta que el grado de imprudencia se define para cada causante del hecho y puede predicarse una valoración distinta para los distintos intervinientes en su producción.

- 226** En ellos se admite la distinción entre autoría y participación, de forma que debe delimitarse, de entre quienes causan por imprudencia un resultado, aquéllos que lo hacen como autores y quienes lo hacen desde un plano subordinado.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Destacaremos algunas cuestiones, que nos parecen importantes, en materia de autoría y participación, la primera de ellas, es hacer énfasis en el concepto restrictivo de autor, que instaura el código –salvo en el delito imprudente– por el cual, se sigue el sistema de la diferenciación, y no el de único autor, lo anterior si se repara tiene fundamento en el principio de culpabilidad, que mediante la consecuencia de la diferenciación externa, establece la necesidad, de diferenciar entre autores y partícipes, sometiéndolos a una diferenciación en la pena, como consecuencia de lo anterior. Tal principio de diferenciación, está contenido cuando se estatuye: “Incurren en responsabilidad penal por el delito cometido los autores, los instigadores y los cómplices”.

De lo anterior, sin pretender abarcar todas las teorías expuestas, para dar fundamento a las cuestiones de autoría o de participación –para ello véase el trabajo de Trejo Escobar, 2000: 51 a 78– deberán señalarse, las más relevantes a la cuestión que nos atañe. A) Es importante bosquejar, la teoría unitaria de autor, por cuanto ésta se encuentra excluida del orden penal –salvo en los delitos culposos– para dicha línea de pensamiento, se

constituyen en autores del delito, todos aquellos que intervengan, con un aporte causal a la realización del tipo penal, de ahí que, la causalidad, sea la que domine la cuestión de la autoría (Roxin, 1998: 22) por lo que las aportaciones accesorias de otros, no tiene ninguna relevancia, *ergo* todo el que interviene en el delito, es autor. De ahí que de *communis opinio*, se rechaze este concepto único de autor, para aceptar el principio de diferenciación entre autores y partícipes, el cual tiene eficacia en todos los ámbitos de la teoría de la participación –no en sentido estricto– lo cual, es de inusitada importancia en materia de coautoría, por cuanto el uso de criterios extensivos, podrían llevar a aceptar lavadamente, la teoría de único autor.

B) Teoría subjetiva. Para esta orientación dogmática, la distinción entre autores y partícipes, únicamente puede ser establecida –por cuanto se parte del fundamento de la equivalencia de las condiciones de impronta causal– mediante un examen del aspecto subjetivo. De ahí que, quien quiera el hecho con animo de autor, será autor, si aporta al hecho, su contribución causal con esa tendencia; en cambio, será partícipe, quien no quiera el hecho como propio, sino como ajeno, y hace su aporte causal con esa intención. Sólo para matizar, esta distinción no tendría recepción en el código penal, por cuanto –según el artículo 33 CP– se exige al autor, cometer el delito por si, con indiferencia de animo.

227

c) Teorías objetivas. Por estas, se fundamenta la posibilidad de distinguir objetivamente entre autores y partícipes, lo cual significa, aceptar un concepto restrictivo de autor, por cuanto, aunque una persona realice una aportación causal al resultado, esa misma situación no la vuelve *per se* autora. Se distingue aquí, entre las llamadas (I) Teorías objetivos formales. Que son aquellas que, para la precisión de la autoría, se fincan en la descripción del supuesto de hecho, que constituye el tipo penal, desatendiendo la importancia de la contribución, que quien intervenga en el delito realice. Dentro de dichas teorías objetivas, concurren sustancialmente dos vertientes. La primera de ellas, distingue a quien concurre al delito, como autor según realice un acto ejecutivo, es decir, si se realizan actos ejecutivos, se es autor, los otros intervinientes realizaran actos preparatorios o sólo actos de auxilio, pero nunca actos ejecutivos –se critica la indeterminación de los actos ejecutivos y la imposibilidad de imputar otras formas de autoría– y por lo tanto, no serán autores; la crítica anterior, debe ser entendida únicamente en cuanto a los déficit que presenta. La segunda opción de la teoría objetivo-formal, es considerar únicamente autor, a quien realiza los actos nucleares del tipo penal, respecto de la centralidad de la conducta típica, es decir, vinculándola únicamente, a los actos nucleares en cuanto sean típicos. De ahí que, autor será, quien de manera inmediata realice uno o todos, los elementos del supuesto de hecho, la vinculación entre tipo y tipicidad, es importante respecto del principio de legalidad, por lo que las objeciones, que se le han precisado de indeterminación “común del lenguaje”, respecto de las

conductas nucleares del tipo penal, son salvables, de ahí que es una opción que puede sostenerse como un buen punto de partida.

II) Teoría objetivo-material. Si la teoría anterior, centraba su análisis en la conducta nuclear del tipo penal –de ahí lo formal– para determinar quien es autor; la teoría objetivo formal, considera los aportes, que objetivamente los intervinientes realizan al concurrir al delito. De ahí que, la delimitación entre autoría y participación, se fundamenta sobre lo objetivo de la conducta, es por ello que, cualquier contribución al delito, no es la base de la distinción entre autores y partícipes, sino el hecho objetivo realizado y asumido, por cada uno de los que han participado, en cuanto al dominio del mismo. Precisamente, el concepto clave en esta teoría es del dominio del hecho, por el cual se indica que “autor es solamente aquel que mediante una conducción, consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo penal. Mediante el dominio final sobre el acontecer el autor destaca del mero partícipe, el que, o bien sólo auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incitó a la decisión” (Welzel, 1993: 119). La teoría del dominio del hecho, resulta pues vinculada a la teoría final de la acción, por cuanto, si el dolo –conocimiento y voluntad del hecho– son parte del tipo penal, la autoría de acuerdo a la acción final, debe ser aquella que domine el hecho, de ahí que autor sólo puede ser el que dominado el suceso delictivo.

228

En la fundamentación del dominio del hecho se sostiene sobre una tríada que explica las distintas formas de autoría: a) la primera vinculada a la autoría directa la cual esta referida a la realización directa del tipo penal por parte del sujeto y se conoce como “dominio de la acción” –Handlungsherrschaft– (Roxin, 1998: 149/162) ; b) la segunda se conoce como la del “dominio de la voluntad –Willensherrschaft– (Roxin, 1998: 164/301) versa sobre la autoría mediata y el hecho se imputa a quien dominando la voluntad de otra persona –instrumento– domina finalmente el hecho; c) por último esta la explicativa de la coautoría, por la cual se explica que cada una de las personas que tiene en su poder el dominio del hecho, es co-autor, por cuanto domina la parte que le correspondió en el reparto de funciones, de ahí que se plantee el dominio funcional del hecho –funktionales tatherrschaft– (Roxin, 1998: 303/334). El dominio del hecho requiere como reguladores: 1º) que el autor intervenga dolosamente en el hecho, con las consecuencias que ello genera; 2º) que la contribución que realice sea en fase ejecutiva del delito, puesto que el hecho no puede ser dominado en una fase anterior o posterior.

Por último en la doctrina se sostiene que el dominio del hecho no es una propiedad común de la teoría de la autoría, sino que con exclusividad de los delitos que se denominan de “dominio” –Herrschaftsdelikte– los cuales deben ser distinguidos de los delitos de “infracción de un deber específico” –Sonderpflichtverletzung– por que en estos últimos el núcleo esencial del supuesto típico que define al autor, no esta fundada por

el dominio del hecho, sino por la infracción a un deber específico, de ahí que autor no puede ser quien domina el hecho, sino quien afecta el deber, de ahí que sólo aquel que lesione el deber específico que le corresponde es autor –el llamado *intraneus*– con independencia del contribución material que brinde, pero deben concurrir los demás elementos propios de la autoría, por ejemplo el dominio, si no tiene el dominio –el cual tiene el *estraneus*– se indica que es posible imputarle una autoría mediata en virtud de la infracción del deber.

En cuanto a los delitos culposos –en principio– se podría indicar que se asume una orientación de único autor, con fundamento en la no concurrencia del dolo, de ahí que cada quien responda de su propia culpa si esta es determinante para el resultado, aunque en los delitos culposos se niega por la doctrina mayoritaria la posibilidad de una complicidad, hay ciertos estudios –minoritarios– que podrían en duda tal cuestión, lo cual por lo menos es importante informarlo.

33

AUTORES DIRECTOS O COAUTORES

229

Son autores directos los que por sí o conjuntamente con otro u otros cometen el delito.

El precepto recoge los dos primeros conceptos de autoría, que se completan con la figura que contempla el siguiente artículo.

En el caso de la *autoría* es un sujeto quien realiza por sí mismo la totalidad del hecho típico, mientras que en el caso de la *coautoría* se conjugan acciones diferentes de sujetos distintos concertados, de manera que cada una de ellas forma parte del hecho total.

La *acción del autor* (en contraposición a la coautoría) abarca tanto las conductas previas como las coetáneas, siempre que las primeras estén unidas causalmente con el resultado final que se produce. La definición concreta de su acción y por tanto el juicio sobre la habilidad de una persona para ser autora de un hecho emana de los términos en que se concreta la conducta típica, así definida en los delitos que se agrupan en el Libro II del Código, encontrándonos con que en algunos delitos cualquier persona, en principio,

podrá ser autora del hecho, mientras que en otros (*delitos especiales*) el sujeto ha de reunir alguna condición que le cualifique.

La inclusión de la actuación de un sujeto en un supuesto de coautoría exige los siguientes *requisitos*:

1. Debe reunir la cualificación que el tipo exige al sujeto activo de la acción, lo que tiene concreta relevancia en el caso de los delitos especiales, a los que antes nos referimos.
2. El sujeto ha de querer y conocer la acción conjunta, voluntad y conocimiento que deben abarcar por tanto la totalidad de las acciones del colectivo, sin precisarse un conocimiento puntual y pormenorizado sino la línea general de actuación.
3. Deben llevarse a cabo actos materiales que se integren en el hecho típico, sin que cada autor deba realizar la totalidad del tipo; ello debe entenderse como una *aportación causal para que se produzca el hecho que todos pretenden*: sumadas las aportaciones de cada coautor se cumple el hecho típico.

230

En el caso de la coautoría el problema más importante radica en *distinguir en la pluralidad de partícipes quiénes son autores y quiénes no tienen dicha condición*. Ello puede indagarse a través del análisis de varios factores:

- La existencia de un acuerdo previo para la realización de la conducta, con reparto de papeles entre los partícipes.
- El que a lo anterior acompañe la realización de actos de suficiente relevancia para producir el resultado, es decir, para ayudar a la consumación del delito.
- El *dominio del hecho*, entendido no como el dominio particular y aislado de la acción que el sujeto ejecuta, sino que los coautores *dominan conjuntamente las acciones comunes y las dirigen hacia el cumplimiento del tipo penal*; lo anterior se explica mejor si se concluye que en el caso de un dominio individual el desistimiento o neutralización del sujeto aislado interrumpiría el desarrollo del hecho, lo que no sucedería en el caso de que todos los sujetos tuvieran un condominio sobre la acción.

Esta tercera determinación supone en realidad una restricción a las consecuencias que pueden llevar aparejados los dos primeros factores apuntados, siendo especialmente útil en casos complejos, aunque reconociendo la vigencia y practicidad de lo anterior en los supuestos más habituales.

JURISPRUDENCIA.

Dicha regla ha sufrido modificaciones en el Código Penal vigente, donde el Art. 36 No. 1 considera cómplices a quienes “presten al autor o autores una cooperación de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito”; este nuevo concepto, ha significado un tratamiento diferente en la penalidad del cómplice necesario, pues el Art. 66 del Código Penal vigente, determina que la pena aplicable se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena, no pudiendo en ningún caso igualar o exceder la sanción aplicada al autor. Cabe señalar que ha sido atinada la modificación normativa comentada, pues en el Código Penal de 1974 se cometía el error de confundir al cómplice necesario con el autor mediato, no obstante tratarse de categorías penales totalmente diferenciadas. En efecto, cuando se alude al autor, se trata de una persona que ejecuta las acciones contempladas en el tipo, siendo a la vez depositario del dominio del hecho, bien sea que despliegue su conducta individualmente o que exista un codominio del resultado final con otro u otros, en cuyo caso estaríamos en presencia de coautores. Por otro lado, el autor mediato es, de igual forma, alguien que ostenta el dominio final, pero que actúa valiéndose de un tercero como simple instrumento o medio. De lo dicho, es indispensable distinguir entre cómplice necesario y coautor, pues persiste la interrogante relativa a identificar los criterios que habrán de emplearse para distinguir entre actos de cooperación necesaria y actos de coautoría. En la coautoría, existe una especie de distribución de funciones entre los diversos partícipes, de tal suerte que las acciones individuales de cada uno, concurren a la realización de la figura típica. En esta especie de codominio, la aportación de cada uno determina la ejecución del ilícito, del mismo modo que el desistimiento en el momento consumativo, podría abortar el resultado final; por tales razones, en la generalidad de los casos, toda colaboración esencial durante la fase ejecutiva del delito, ha de ser considerada como un acto de coautoría, porque abona directamente a la realización del hecho típico. Sin embargo, no siempre sucede igual con las aportaciones en un momento previo a la ejecución del delito, sobre todo por una razón fundamental: la consumación del ilícito se produce mediante la ejecución de las conductas contenidas en su descripción típica, por lo que, cualesquiera actos que únicamente tengan por finalidad crear las condiciones previas y necesarias para una eventual consumación sujeta a la voluntad de otro u otros, son actos de complicidad necesaria, en la forma que lo establece el Art. 36 No. 1 del Código Penal vigente. Este es el criterio desarrollado por Claus Roxin. (Casación, 18-10-02)

Existe la coautoría sucesiva cuando los imputados participan en el delito, codominando los hechos desde que éstos comienzan a ejecutarse, lo que revela la existencia de un acuerdo previo. El dominio del hecho aparece compartido por los imputados, reuniendo las mismas condiciones exigidas para un solo autor y existiendo desde antes del delito una contribución objetiva en el hecho; de ahí que de acuerdo a la Teoría de la Coautoría sucesiva los imputados son responsables porque el dominio del hecho estuvo compartido, ubicándose en la categoría de autores directos. (T.S. 3° S.S., 10-08-00)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

232

Quizá lo mas importante aquí sea brindar los parámetros que permitan diferenciar cuando una persona es coautor de cuando una persona es partícipe. Ello por que la autoría directa cuando al hecho concurre una solo persona no presenta problemas, por que en estos casos no concurre óbice alguno para distinguir quien realizo la conducta típica que exigía el tipo penal, este es el caso de la llamada autoría material o única, por el cual un solo sujeto interviene en el hecho punible ejecutándolo de ahí que el artículo 33 CP puede intelegirse de la manera siguiente: “Son autores directo los que por si ... cometen el delito” de ahí que la acreditación de autor único no presente mayor problema, puesto que su vinculación al tipo penal estará destacada por la inflexión de la particular “El” respecto de los correspondientes tipos penales, del cual pueden predicarse cualidades especiales –dando lugar a los tipos penales especiales propios o impropios– o no.

Lo más importante es delimitar quienes son coautores o partícipes cuando en el delito intervienen más de una persona; para ello habrá que reconocer dos cuestiones previas, tanto los autores como los partícipes intervienen en la realización del delito, ello lo deja entrever el artículo 32 cuando establece que los autores instigadores y cómplices incurrir en responsabilidad penal por el delito cometido de ahí la intervención de los mismos en el delito es necesaria y tal actividad no vuelve coautor a ninguna persona. La otra cuestión es el fundamento que tiene la coautoría a partir del artículo 33 el cual puede ser intelegido así: “Son autores directos los que... conjuntamente con otro u otros cometen el delito”. De ahí que si se dan los presupuestos de la coautoría, el coautor es equiparado al autor directo, de ahí que si el coautor también es autor, deben concurrir en el mismo las propiedades autorales, ello significa que en los llamados delitos especiales quienes concurren como coautores deben tener la cualidad especial que requiere el tipo penal y en los delitos “de propia mano” los coautores deben realizar personalmente la conducta típica.

Son elementos que deben concurrir para la coautoría los siguientes: 1) acuerdo previo en el cual se determine la decisión conjunta de cometer el delito; 2) distribución de

roles para la ejecución del hecho; 3) contribución esencial objetiva en la realización del hecho mediante aportes esenciales en fase de ejecución del hecho; 4) misma resolución común para cometer el delito, unidad de dolo; 5) concurrencia del criterio de imputación recíproca.

Los anteriores elementos permiten diferenciar la coautoría de una participación, por lo cual han de cumplirse todos, siendo que los mismos deben ser demostrados, de manera directa o inferencial pero de manera suficiente. No debe olvidarse que en la coautoría concurre el dominio del hecho en común, de ahí que los intervinientes deben compartir la decisión de cometer conjuntamente el delito —ello satisface el acuerdo previo que puede ser expreso o tácito— lo cual debe quedar suficientemente demostrado, duda sobre ese aspecto no permitirá imputar el hecho como coautor. También se requiere que los intervinientes realicen desde el plano una contribución a la ejecución del hecho, esa contribución no es de cualquier índole tiene que ser calificada, por cuanto debe ser esencial para cometer el delito, pero con una particularidad el dominio del hecho, ello es así por cuanto la llamada complicidad necesaria también importa la prestación de una “una cooperación de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito”; por tanto la necesidad de la contribución no puede ser un criterio de distinción entre coautor y partícipe necesario, por lo cual a tal acto debe exigírsele el dominio del hecho y ello es así cuando sin tal actividad el hecho no es posible de cometer, lo cual deja por sentado la importancia del dominio del sujeto que participa.

233

De aquí se presenta la cuestión relevante de coautor funcional, el cual no realiza una contribución en el ámbito de la ejecución de la acción típica, y por ello se propone, que es coautor quien intervenga en la ejecución del hecho, aunque realice un aporte necesario dentro del plan global, que no este vinculado a los actos de tipicidad, tal criterio de dominio funcional del hecho, debe ser utilizado de manera completamente restringida, con total exigencia de los elementos de la autoría, por lo que los actos ejecutados deben tener vinculación a la conducta típica relativa a los actos de ejecución, es que, de no ser así el criterio de dominio funcional del hecho, quiebra el modelo diferenciador de la autoría y de manera subrepticia acuña el modelo unitario de autoría, el cual precisamente prohíbe el artículo 32 al diferenciar entre autores y partícipes. De ahí que sólo cuando concurren establecidas todos los requisitos de la coautoría, debe estimarse esta forma de intervención en el delito, por que una aplicación extensiva del criterio del dominio funcional, no sólo extendería una interpretación in malam partem, sino que también significaría en materia de autoría aplicar materialmente un modelo unitario de autor, el cual no es admisible por el principio de culpabilidad, por ello insistimos de no concurrir todos los elementos que conforman la coautoría, esta no debe ser apreciada y si una participación necesaria el aporte fue imprescindible.

También es importante destacar el aspecto subjetivo, el cual se centra en el acuerdo previo que exige una resolución comunitaria para la ejecución del hecho, lo cual tiene que quedar cubierto por dolo de los intervinientes; lo anterior permite considerar: a) que las situaciones de exceso de un coautor no le son imputables a los demás, la responsabilidad coautoral alcanza, hasta los límites de la resolución delictiva comunitaria; b) permite deslindar la llamada coautoría accesorio, por la cual un resultado típico se produce por la conducta de varias personas, sin haber puesta en común respecto de su ejecución; c) se niega la posibilidad de la concurrencia de la coautoría en los delitos imprudentes.

Por último es importante la cuestión del criterio de imputación recíproca, por el cual los diversos hechos cometidos en la ejecución del delito, se imputan recíprocamente respecto de todos los coautores, de ahí que cada coautor —una vez colmado todos los presupuestos de la coautoría— es responsable de la generalidad del hecho y no únicamente de la parte que ejecutó como contribución, salvo los casos del llamado *dolus subsequens* en virtud de la actualidad del dolo.

AUTORES MEDIATOS

Se consideran autores mediatos los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento.

Si la ley requiere ciertas calidades personales o que se haya obrado en determinadas circunstancias de carácter subjetivo, será necesario y suficiente que dichas calidades o circunstancias concurren en el autor mediato.

Recoge el precepto, como antes se dijo, una tercera posibilidad de autoría. En este caso la acción típica se atribuye a una persona que no reúne las condiciones para responder penalmente por ella y que ha sido manejada por otra, que es quien en realidad ejecuta el delito *instrumentando la acción del irresponsable*.

Partiendo de conceptos antes apuntados, en este caso lo esencial es que *el autor mediato domine el hecho*, manejando el curso de la ejecución, en lo cual *el autor inmediato es un mero instrumento*. Esta instrumentación de la persona significa que el sujeto utilizado es irresponsable, bien por falta de acción, bien por no concurrir en él las

condiciones requeridas por el tipo, bien por falta de culpabilidad, bien por obrar amparado por una causa de justificación, sin que nada de ello se extienda al autor mediato, quien incluso lo conoce e instrumenta para sus fines; en caso contrario estaríamos ante una forma de participación plural.

Como ya se dice en el párrafo anterior, nos podemos encontrar con varios *supuestos*:

1. Que el sujeto instrumentado actúe compelido por una fuerza física que le convierte en un mero instrumento mecánico del otro, caso en que más que autoría mediata hay autoría directa en la que el autor utiliza a una persona como objeto.
2. Que el sujeto instrumentado actúe compelido por una intimidación que vicia su voluntad.
3. Que en el sujeto instrumentado no concurren las circunstancias que la ley exige para que su conducta lleve aparejada una consecuencia penal, lo que sí ocurriría si actuase directamente el sujeto que instrumenta al otro, el cual por ello obra a través de éste. Este supuesto se distingue de la inducción porque en ésta el actuante ejecuta un acto que para él es delictivo, lo que no sucede en el caso presente.
4. Que el sujeto instrumentado obre amparado por una causa de justificación al lesionar el bien jurídico de otro, habiendo preparado el autor mediato la situación que tal propicie.
5. Que en el sujeto instrumentado concorra alguna causa de exclusión de la culpabilidad, lo que el otro aprovecha para llevarle a actuar como él desea. Suele darse fundamentalmente en casos en que se lleva al instrumentado al error o la ignorancia sobre la realidad y trascendencia de sus actos o, lo que es más habitual, cuando se utiliza a personas inimputables, a quienes se ha situado en dicha posición (p. ej., se les ha embriagado) o de quienes se sabe tal condición y por eso se aprovecha.

235

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La autoría mediata es otra forma de autoría, la cual debe ser diferenciada esencialmente con la instigación por las similitudes que pueden tener, sin embargo se impone aquí la necesidad de diferenciación en virtud del principio de legalidad aunque en la pena no existe diferenciación, cuestión criticable— por ello debe de repararse que autor mediato

es aquel, que realiza el hecho no por si mismo, sino utilizando a otra persona a quien instrumentaliza, para que materialmente ejecute el hecho. Sin embargo el aspecto esencial que distingue autoría mediata de instigador es el dominio de la voluntad, el autor mediato siempre debe tener el dominio del hecho, mediante el dominio de la voluntad del instrumento, de tal manera que el hecho es obra de la voluntad del llamado "hombre de atrás" que domina el hecho dominando la voluntad de la persona que utiliza como un instrumento para la ejecución del injusto, este aspecto nunca debe concurrir en el instigador, quien a pesar de crear el dolo de delinquir en el sujeto activo, nunca dominara su voluntad y por tanto la ejecución del hecho.

35

INSTIGADORES

Se consideran instigadores los que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito.

236

Esta forma de actuación supone influir psíquicamente en otro a fin de que resuelva y realice el acto típico, sin que éste con anterioridad estuviera resuelto a ejecutarlo. El inductor concibe y quiere el delito, pero pretende que sea otro quien materialmente lo cometa, obrando éste libremente una vez que ha sido persuadido.

La instigación se compone de los siguientes *requisitos*:

1. El instigador debe actuar sobre quien previamente no está decidido a cometer la infracción con la doble intención de generar la decisión criminal y el hecho delictivo.
2. La instigación ha de ser eficaz, es decir, intensa y adecuada, lo que se medirá como suficiente para llevar al sujeto inducido a cometer el delito.
3. La instigación ha de ser directa, lo que significa que se ejerce sobre persona determinada y para la realización de un hecho concreto, admitiéndose la posibilidad de que se produzcan inducciones sucesivas hasta llegar al ejecutor material.
Basta con que el hecho sea determinado en sus términos generales, sin pormenorizar sus accidentes.

4. La instigación ha de ser dolosa, siendo suficiente el dolo eventual. El dolo del inductor abarca los actos realizados por el inducido dentro de lo que aquél pautara.
5. El instigado ha de iniciar cuando menos la ejecución de la conducta delictiva a la que se le ha inducido.

Estos postulados plantean variada *problemática*:

- a) Si el instigado lleva a cabo un comportamiento más grave o distinto del inducido, de ello no responde el instigador salvo que medie dolo eventual o imprudencia por su parte, caso en que, bajo tal título, el exceso le será imputado.
- b) El instigador responde sólo de lo realizado por el actor principal, es decir, un delito consumado o un delito intentado.
- c) Si el instigado no entra en la fase de ejecución estaríamos ante un supuesto de proposición.

237

Supuesto distinto al de la inducción es el del *agente provocador*, que es quien instiga a la ejecución de un acto sin desear que se consume, pues desde el principio se pretende su evitación por una intervención ulterior. Lo que sucede aquí es que se construye artificialmente un delito que no quería cometerse por el autor, por lo que la actuación de éste será impune.

Cosa distinta es que el autor ya estuviera resuelto a cometer el delito sin la intervención de este tercero, quien únicamente interviene para descubrir y frustrar la ejecución, situación en la que la conducta del autor sí es punible.

JURISPRUDENCIA.

Dentro de las formas de participación encontramos la instigación, la cual consiste en la determinación dolosa de una persona a otra a la comisión de un delito. Instigar, penalmente hablando es incitar, provocar o inducir a alguien a que cometa un delito. Para punir al instigador, el hecho tiene que alcanzar la consumación o por lo menos el grado de tentativa; de lo anterior tenemos que el instigador es un partícipe, sobre la base del peligro que supone para el bien jurídico tutelado, con todo la instigación es accesoria y por ello es que debe constarse el hecho típico y antijurídico de autor principal; el instigador no posee el dominio del hecho y la inducción debe ser dolosa en dos

sentidos: la de provocar la resolución delictiva en el futuro autor y la de que el delito se materialice. (T.S. Nueva San Salvador, 22-06-00)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La instigación esta caracterizada por que una persona induce dolosamente a otro para que realice un injusto penal, de ahí que el instigador cree en la mente del instigado el deseo de delinquir, pero a diferencia del autor mediato, el instigador no domina el hecho por que no tiene el dominio de la voluntad del instigado, el cual domina completamente el hecho también se diferencia de la coautoría por cuanto el coautor si realiza un aporte esencial en el ámbito de la ejecución, mientras que el instigador, ni participa en el ámbito de la ejecución mediante aportes imprescindibles, ni domina el hecho. Es importante indicar que en la dogmática penal, los conceptos de instigador, inductor, determinador, provocador, son símiles, es decir se trata materialmente de la misma figura, aquel que crea en otro el dolo para delinquir, sin que domine su voluntad y el hecho, cuyo dominio quedan plenos para el inducido. No basta para ser inductor crear meramente situaciones favorables para el delito, expresión de meros deseos, o de opiniones, o de motivos, o de alusiones generales de oportunidades delictivas; pues según el precepto se requiere una instigación dolosa que sea capaz de determinar a otro.

238

36

CÓMPLICES

Se consideran cómplices:

- 1) Los que presten al autor o autores una cooperación, de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito; y,**
- 2) Los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aún mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél.**

En todo caso, no tendrán responsabilidad alguna en los delitos cometidos por medio de la prensa, radio, televisión u otros órganos similares de difusión, las personas que en razón del trabajo que desempeñen, participen materialmente en la elaboración o difusión del escrito o programa.

El precepto recoge dos clases de cooperación que presuponen la ausencia de intervención en el proceso ejecutivo material del núcleo del delito: el cooperador necesario y el cómplice no necesario.

El *cooperador necesario* es un partícipe que no realiza actos conjuntos de ejecución, pero colabora en la producción del resultado con *actos sin los cuales éste no hubiera llegado a producirse*, lo que -esto último- le diferencia de los cómplices en sentido estricto.

Respecto al hecho, los actos del cooperador pueden ser *anteriores, coetáneos o posteriores*; en este último caso, tales actos deberían haber sido concertados previamente a la ejecución y haber determinado al autor a realizar el hecho.

La cooperación puede ser *por acción o por omisión*; en el segundo caso, se omite un acto que el sujeto está obligado a realizar y que, de llevarse a cabo, podría evitar la ejecución del delito.

El cooperador necesario ha de actuar dolosamente, abarcando su *dolo* tanto el resultado delictivo como el valor que su aportación tiene para la producción del resultado. Quien dolosamente mantiene la actuación imprudente de otro es autor mediato del delito doloso correspondiente.

239

El segundo grupo de *cómplices no necesarios* (los *cómplices en sentido estricto*) lo integran quienes ejecutan *actos cuya omisión no impide la realización del delito*, limitándose a *facilitarlo*. Se trata de una *cooperación eficaz aunque no necesaria*.

La actividad de este grupo de personas es de mero auxilio, prescindible y sustituible.

La aportación del cómplice puede ser anterior o simultánea respecto a la actuación de los autores. El precepto hace concreta referencia a *actos posteriores*; tal se refiere a actos cometidos en la fase de agotamiento del delito pero que se habían prometido antes de su ejecución, retrotrayéndose su efecto al momento en que se hizo la promesa del aporte posterior. En consonancia con lo que antes se dijo, según que estemos o no ante una promesa determinante de la actuación del autor, nos encontraremos ante actos de cooperación necesaria o actos de complicidad en sentido estricto.

También en este caso la actuación del cómplice ha de ser *dolosa*, abarcando tanto el delito que se quiere llevar a cabo como el carácter coadyuvante de la actividad que se realiza. De esta forma, puede decirse que el cómplice no responde de los excesos en

la ejecución del autor que no hubieran sido abarcados por su dolo, bien de forma directa, bien de forma eventual.

La *determinación de cuándo una cooperación es necesaria* puede abordarse desde varios puntos de vista:

- Si, en el caso concreto, la intervención del sujeto ha contribuido necesariamente a la producción del resultado, que sin ello no hubiera acaecido.
- Si, en el caso concreto, el sujeto aporta una intervención que sólo él tenía a su alcance sin que otras personas hubieran podido suplirla, siendo imprescindible para la producción del resultado. Si esa intervención es difícil de obtener habrá cooperación necesaria y si no sucede así habrá complicidad. Debe además tenerse en cuenta la predisposición de la generalidad de las personas para otorgar esa clase de colaboración.
- Si el agente puede impedir o interrumpir la ejecución de la conducta delictiva. Los simples actos de ayuda que no participan en la decisión ni en el dominio final del hecho serían calificados como complicidad en sentido estricto.

240

Los *actos de vigilancia* se consideran como autoría cuando entran en el plan de ejecución en los delitos contra la propiedad y tienen lugar durante la ejecución.

A su vez, es preciso *distinguir las actuaciones de cooperación de la autoría propiamente dicha*, cuestión que puede abordarse desde la utilización de varios criterios:

- La existencia de un acuerdo previo, que, en principio, incluiría como autores a quienes hubieran participado en el mismo.
- La mayor o menor importancia causal en la producción del resultado diferenciaría los actos de autoría de los de cooperación.

El cooperador necesario, al contrario que el autor, no ejecuta el hecho descrito en el tipo penal, sino que contribuye en él con una actividad distinta pero que está íntimamente relacionada con él.

Exclusión de responsabilidad en los delitos cometidos por medios de difusión.

La aplicación del precepto se refiere a aquellas infracciones que tienen su razón de ser en la extensión generalizada del pensamiento manifestado verbalmente o por escrito.

Por razones de política criminal, se trata de evitar que una eventual amplitud de la responsabilidad constituya un obstáculo para el desarrollo de los medios de comunicación, trascendentes para el desarrollo cultural y tecnológico de la sociedad.

La exclusión de los partícipes materiales citados en el precepto parte del presupuesto de que los delitos cometidos mediante la transmisión de ideas y pensamientos a través de los medios de difusión como prensa, radio y televisión, por la propia complejidad material de la actividad, precisan de la intervención de una pluralidad de personas, sin que en realidad la mayoría de ellas tenga auténtico conocimiento y control sobre las ideas que son objeto del mensaje con relevancia delictiva, su trascendencia y finalidad.

Se trata pues fundamentalmente de evitar la eventual punición de quienes hubieren colaborado en la formación, difusión y distribución del medio impreso o gravado.

Debe obrarse pues con un criterio restrictivo que elimine la punición de actos de participación que tan sólo aparentemente son tales desde un punto de vista penal, limitando a los auténticos responsables del acto penalmente trascendente el reproche penal.

241

No establece el precepto un concepto cerrado de los órganos de difusión que puedan ser susceptibles transmisores del contenido delictivo, lo que resulta especialmente relevante si se consideran los avances tecnológicos actuales en tal materia, luego una aplicación prudente de la analogía, por los cauces que ello tiene en el ámbito penal, debe hacerse en relación con la naturaleza y funciones que hoy cumplen los medios clásicos enumerados: prensa, radio y televisión, aunque considerando que en este caso la aplicación de la analogía podría ser extensiva en atención a las consecuencias beneficiosas, por excluyentes de la responsabilidad, que tiene el precepto.

JURISPRUDENCIA.

Para considerar la complicidad debe existir relación entre los actos del autor y los del cómplice, pues la mera actitud pasiva no constituye complicidad y no puede atribuirse responsabilidad penal a quien se limita a estar con los autores en la realización del hecho punible. Cómplice es aquel sujeto que presta una colaboración dolosa en la realización por otro de un hecho delictivo de naturaleza dolosa, por actos anteriores o simultáneos a la realización, por consiguiente el cómplice es un sujeto que no tiene el

dominio final del hecho pero interviene dolosamente en su realización ayudando al autor en la ejecución del delito. (Juzgado 2° de Menores de Santa Ana, 17-08-99)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Es oportuno indicar que cómplice –por distinción con autor– es aquel que asiste al autor de manera dolosa para ejecutar un delito, pero sin dominar su ejecución. El fundamento esencial para distinguir entre autores y cómplices es el dominio del hecho pero en cuanto a la ejecución del delito, por cuanto el cómplice también dominara el hecho de cooperación, pero tal ayuda no implica un “gobierno” esencial de la ejecución del delito. Se distingue entre complicidad necesaria y complicidad no necesaria, la cual acuña el código como más adelante se verá.

242

Es importante indicar aquí que la complicidad necesaria, es un límite a la coautoría, y dentro de esta forma de intervención a la coautoría funcional, por cuanto de no delimitarse esta por la complicidad necesaria, cualquier aporte en fase de ejecución volvería al partícipe coautor, lo cual conduciría a un criterio único de autor, solo que “encubierto por la coautoría funcional”. De ahí que la función de límite que establece el precepto de la complicidad necesaria, es importante por cuanto no bastará para ser coautor únicamente aportar una contribución funcional en fase de ejecución, sino de dominar el hecho, por medio de ese aporte esencial, si bien es cierto esta formulación es una interpretación restrictiva, ello se compagina más con el principio de legalidad que proscribía la interpretación extensiva; y con el mismo principio de culpabilidad que esta a la base de las teorías diferenciadoras y que establece la necesidad de distinguir entre autores y partícipes. Aunque la doctrina ha señalado que la complicidad necesaria debe estar constituida sobre aportes esenciales en fase de preparación del delito y no en fase de ejecución por que importaría en consecuencia una coautoría, entiendo que tal intelección generaría una formulación extensiva de autoría única, sólo que de manera superpuesta por la coautoría, pero desde sus efectos materiales no habría ninguna diferencia sustancial respecto de la formulación única de autor, al menos entre coautoría y complicidad necesaria; por ello es que se acepta también que la cooperación pueda ser previa o coetánea al hecho (Vélasquez Velasquez, 1997: 630); en cuanto al aporte para decidir la necesidad, este puede medirse conforme a la doctrina de la escasez teniendo en cuenta los reparos que se le formulan (Trejo Escobar, 2000: 211/212)). Una intelección como la propuesta puede reducir el ámbito de política penal, pero ello me parece legítimo, cuando esos límites permiten respetar principios de rango constitucional, por lo que entiendo que la complicidad necesaria si constituye el límite para la coautoría y por ende no necesariamente se limita a la fase previa de ejecución del delito, sino que puede acontecer en la fase de ejecución, una aplicación sincrética de la teoría material-objetiva con la del dominio del hecho me parece que propicia

consecuencias más satisfactorias en cuanto al respeto del modelo de la diferenciación entre autores y partícipes.

En lo relativo a los cómplices no necesarios, debe tenerse en cuenta, que su intervención estará vinculada de manera negativa a la no necesidad del aporte en la ejecución del delito, por que si concurre necesidad, al menos habrá complicidad necesaria. De ahí que, en la complicidad no necesaria el aporte es totalmente prescindible, lo cual marca una estricta limitación respecto que el cómplice no necesario de manera más ostensible carece del dominio del hecho respecto de la ejecución del injusto penal. Se ha señalado también que la complicidad secundaria, tiene dos límites que se sustentan en los criterios de temporalidad de la cooperación y de su utilidad (Trejo Escobar, 2000, 208) lo cual parece correcto. Es por ello que la exigencia del precepto respecto del cómplice no necesario de incluirlo como tal, aun cuando tal complicidad se estructure sobre promesa de ayuda posterior debe entenderse de manera restringida, respecto de que esta proposición tiene que colmar los supuestos de un acuerdo previo, límite negativo del encubrimiento, que exige que no concurra un acuerdo anterior, de ahí que no se trata de una simple promesa.

37

243

PRINCIPIO Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PARTÍCIPES

La responsabilidad penal de los partícipes, principia desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito y cada uno responderá en la medida que el hecho cometido por lo menos sea típico y antijurídico.

La concepción de la actuación delictiva como una secuencia compleja de hechos en la que se puede integrar una pluralidad de sujetos obliga a discernir tanto sobre la distinta naturaleza de los hechos actuados como sobre la responsabilidad de las personas intervinientes.

La participación es accesoria respecto del hecho del autor y basta que el hecho del autor sea contrario a derecho, sin ser preciso que el autor sea además personalmente imputable, es decir, culpable.

La *relación de accesoriedad* que define la posición del partícipe está subordinada al inicio de la ejecución; de esta forma, no habrá instigación si no se inicia la ejecución de aquéllo a lo que se instiga ni complicidad si el autor principal no da inicio a la ejecución.

Salvada la anterior premisa, la tipicidad y antijuridicidad de la conducta del partícipe se define a partir de *los hechos que él comete*, que son los que deberán *reunir los elementos objetivos y subjetivos requeridos por la figura penal*, con independencia de que, por ejemplo, como antes se dijo, en el autor principal pueda concurrir una causa de exclusión de la culpabilidad o una causa de justificación.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

244

Digamos que la accesoriedad, es un mitigador de la participación criminal, el cual es compatible con la fundamentación del dominio del hecho, por cuanto el hecho del partícipe no es autónomo y depende del hecho principal del autor, de ahí es posible sostener que la teoría de la participación es también un amplificador de los tipos penales, de ahí que si la punición del partícipe –en sentido estricto– esta subordinada a la del autor a tal relación jurídica se le conoce como accesoriedad en la participación y de la misma pueden extraerse diversas consecuencias, siendo que aquí nos limitaremos a citar dos: a) el comienzo de la accesoriedad lo marca la tentativa, sino concurre una ejecución del delito que alcance el estadio de la tentativa, de lo contrario la participación no es punible, salvo que de manera expresa los actos previos constituyan una proposición o una conspiración, específicamente determinados como delitos autónomos; ello es explicable por cuanto el precepto requiere que la responsabilidad de los partícipes principie “desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito..”; b) pero además no sólo se requiere inicio de ejecución sino que el hecho sea típico y antijurídico para el autor, de lo contrario si la conducta es atípica o si esta justificada, la contribución del partícipe sigue la misma suerte –de ahí la accesoriedad– que la del autor, es decir no es punible en el ámbito penal. A esta dependencia de atribución del partícipe del injusto del autor, se le denomina accesoriedad limitada –para oponerla a otros tipos de accesoriedad –hiper-accesoriedad, accesoriedad mínima– la cual requiere que el hecho del autor sea típico y antijurídico, no requiriéndose que el hecho se le pueda atribuir culpablemente al autor, tal visión de un injusto común, a una responsabilidad que es personal, se sostiene sobre la base de que el dolo se construya en el tipo de injusto, pues de lo contrario se borran los límites de la accesoriedad. En resumen el partícipe responde, siempre que de ordinario se haya iniciado la ejecución del hecho y en cuanto éste sea típico y antijurídico, respecto del autor, esto último también encuentra sustento en el precepto por cuanto establece: “... y cada uno responderá en la medida que el hecho cometido por lo menos sea típico y antijurídico”.

38

ACTUAR POR OTRO

El que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare.

En todo caso, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial.

La regla que contiene este precepto extiende a quien actúa las condiciones que cualifican a aquél en cuyo nombre se actúa, condiciones que son las que recoge el tipo penal: se transfieren a quien actúa en nombre o por cuenta de otro unas condiciones típicas de las que carece pero que sí posee el representado, quien resulta impune, bien por no tener capacidad penal (una persona jurídica), bien por ser incapaz (un menor de edad penal), bien por ser ajeno a la actuación de quien le representa.

245

El precepto pretende evitar fundamentalmente la impunidad de *actuaciones delictivas llevadas a cabo por los miembros de una persona jurídica al amparo de la misma*, estando aquellos miembros perfectamente individualizados; se refiere a delitos en los que la autoría exige necesariamente ciertas características que sólo concurren en la persona jurídica y no en los miembros que la integran.

Determinada la concurrencia de tales circunstancias en la persona jurídica, debe pasarse a continuación a indagar sobre la *participación real* de cada sujeto en los hechos, así como su *culpabilidad* en relación a los mismos.

El actuante al que se refiere el precepto es la persona que ha realizado el tipo penal tanto en su parte objetiva como en su parte subjetiva.

El precepto no establece por tanto una presunción de autoría, sino que *exige que el sujeto haya actuado en los términos de los arts. 33 a 36 del Código, faltándole únicamente la concreta condición exigida en el tipo penal*; de ahí que el artículo en estudio dice que no importa que no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones fijadas en

la figura delictiva, sino que basta que tales concurran en la persona en cuyo nombre o representación obre.

Las *condiciones* se refieren a la especial posición que el tipo penal exige al eventual sujeto activo del mismo (p.ej. el comerciante social a quien se declara en quiebra).

Las *cualidades* son definiciones esenciales de la persona física o jurídica que difícilmente pueden separarse de ella y trasladarse a un tercero.

Las *relaciones* son las conexiones entre la persona y otras personas o cosas (p.ej. el deudor cuando el administrador se alza con los bienes de la persona jurídica).

La actuación en nombre de otro obliga a distinguir los *comportamientos del órgano de la persona jurídica y los de las personas que los integran*, quienes aprovechan tal condición y usan fraudulentamente una titularidad formal para finalidades ajenas a las de la persona jurídica: hay pues delitos cometidos por una persona jurídica a través de sus órganos y delitos cometidos por personas físicas instrumentando su particular condición dentro de una persona jurídica.

246 El *ámbito personal del precepto* se refiere a los directivos o administradores de una persona jurídica y a quienes actúan en nombre o representación legal o voluntaria de otro.

La delimitación de quiénes sean *directivos y administradores* de la persona jurídica habrá de encontrarse en sus normas legales o estatutarias, aunque la responsabilidad se extiende también a las personas que ejerzan “de hecho” tales funciones, con independencia de que sean otros quienes de derecho las detenten: lo esencial en este último caso es que estas personas ejerzan el *dominio del acto de dirección o administración*, pudiendo valerse de otras personas inhábiles o meramente instrumentales.

La *representación legal o voluntaria* está expresamente regulada en normas civiles, así como la noción de persona jurídica se recoge en la correspondiente normativa civil y mercantil.

Una segunda dimensión del precepto se refiere a la *actuación en nombre de una persona física*, supuesto en que no necesariamente la responsabilidad del representante excluye la responsabilidad del representado, quien puede responder a título de inductor.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Debe añadirse a nivel de comentario únicamente algunas situaciones: 1) La vinculación del actuar por otro queda supeditado a dos situaciones determinadas: (a) los actos de administración –de hecho o por derecho– de una persona jurídica o la actuación en nombre o en representación de dicha persona moral; (b) las representaciones de orden legal o las actuaciones en nombre de una persona natural; 2) la consideración que este precepto tiene una íntima vinculación con el apotegma de *societas delinquere non potest* o las sociedades no delinquen, cuestión que puede reconducirse a una consecuencia del principio de culpabilidad, en el sentido que la culpabilidad, es personalísima. Fijado el anterior marco la cláusula de actuar por otro, es un paso intermedio entre la impunidad de los actos de las personas jurídicas y la responsabilidad penal que se les pretende atribuir como un nuevo modelo de imputación, que cambia los cimientos del derecho penal nuclear, que esta construido sobre un modelo de imputación de la persona humana. De ahí que por la estipulación del actuar por otro, se permita –sin que la persona jurídica sea penalmente responsable– que las condiciones o cualidades especiales que dicha persona ostenta puedan ser trasladadas a la persona natural que actuare en la ejecución de la conducta delictiva, por que dichas circunstancias especiales constituyen un elemento especial de autoría que únicamente puede ostentar el sujeto activo, el cual en ciertos ilícitos por su alto contenido normativo, únicamente podrían ser predicables de la persona jurídica, pero no por el sujeto activo que actúa tras la persona jurídica –por ejemplo el caso de evasión de impuestos, en el cual el evasor, puede ser una persona jurídica– de la cláusula de transmisión de equivalencia de la cualidades, condiciones o relaciones de la persona jurídica a la persona natural que actúa en su nombre.

247

La otra cuestión atañe a un problema de autoría, en aquellos casos en los cuales para ser autor se necesita una condición especial que únicamente concurre en el autor y en ninguna otra persona, se trata de un delito especial propio, por el cual normativamente se requiere una específica cualidad para ser autor, sin la cual no se colma el supuesto típico de la autoría, se suscitan aquí problemas de intervención en el delito, entre intraneus y extraneus que en parte son resueltos por la cláusula de transferencia o la equivalencia de actuar por otro (Silva Sánchez, 1998:176/177); en tal sentido estos delitos también son conocidos como delitos de infracción de deberes, por el cual sólo es autor quien precisamente infringe el deber, por lo que el dominio del hecho no es lo revelante, sino la infracción del deber que se tiene conforme al tipo penal. De ahí la importancia de la cláusula de actuar por otro que permite la transferencia de no sólo de condiciones, o cualidades, sino también de relaciones –incluidas las relaciones de deberes – pero lo anterior también marca un límite por cuanto, sólo constituirá actuar por otro, cuando el hecho se cometa mediante la utilización de una persona jurídica,

siempre que el tipo penal exija, la concurrencia de condiciones, cualidades o relaciones en la persona jurídica, de no concurrir este elemento en la estructura de la persona jurídica, como elemento especial de autoría no se esta en presencia en la figura de “actuar por otro” y la responsabilidad es personal del sujeto que cometió el hecho utilizando como medio a la persona jurídica, ello tiene importantes repercusiones en la responsabilidad civil que se deriva, por que en este caso ya no existe la concurrencia necesaria de la responsabilidad civil subsidiaria especial. Si es importante considerar de *lege ferenda* que la regulación que se hace de la cláusula de actuar por otro, en cuanto a los ámbitos de imputación se estructura en tres niveles: a) aquellos en los cuales la sanción se dirige a la persona individual que actúa en nombre o de la empresa. De ahí que la forma de imputación es hacia abajo; b) aquellos niveles en los cuales la sanción esta dirigida a los responsables de la dirección de la empresa o en su representación, de ahí que las formas de imputación son hacia arriba; c) la imputación respecto de la propia empresa, pero en estos casos no se trata de consecuencias jurídicas en el sentido de penas, empero las mismas se imponen a la empresa como unidad suprapersonal (Achenbach, 1995, 382/383).

248

Un último punto la imputación por transferencia no puede ser irrogada a una persona por el sólo hecho de ser directivo o administrador de una persona jurídica o por tener la representación legal de una persona natural, si ello fuere así , concurriría una afectación al principio de que la culpabilidad es personalísima; de ahí que tal imputación recae sobre aquella persona que ha ejecutado la conducta en actuación de la persona jurídica, o cuando pueda predicársele una posición de garante respecto de otra persona que ha actuado bajo la responsabilidad del garante, en una jerarquía horizontal, sólo desde esos aspectos podría estructurarse la imputación respecto de la persona natural.

39

CONCEPTO DE FUNCIONARIO, EMPLEADO PÚBLICO Y MUNICIPAL, AUTORIDAD PÚBLICA Y AGENTE DE AUTORIDAD

Para efectos penales, se consideran:

- 1) Funcionarios públicos todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos;**
- 2) Autoridad pública, los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia.**
- 3) Empleados públicos y municipales, todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico; y,**
- 4) Agente de autoridad, los Agentes de la Policía Nacional Civil.**

249

Se trata de una norma que establece definiciones esenciales para integrar elementos que aparecen recogidos en otros preceptos del Código Penal y para los que éste, a modo de interpretación auténtica, da un concepto que no necesariamente es el que debe utilizarse en otros ámbitos jurídicos distintos al específico del Código.

Es indudable que la norma hace referencia a sujetos vinculados a la Administración pública, que ejercen determinadas actividades trascendentes para el servicio público y que tienen una mayor referencia en otras normas de naturaleza administrativa, que expresamente regulan el estatuto de tales sujetos vinculados de una forma u otra a la Administración.

En el caso de los *funcionarios públicos*, la definición que da el Código hace especial hincapié en la referencia a personas que llevan a cabo actos públicos con una amplitud de verbos que va desde la consideración de cuanto atañe a la realización del acto como a la decisión que propiamente se adopte. Lo que resulta esencial es la actividad que se desarrolla y no tanto las particularidades del status del sujeto que la lleva a

cabo, visto que para el Código resulta indiferente la vinculación permanente o transitoria del sujeto con la Administración pública, el que el mismo reciba o no emolumentos por su prestación o, incluso, la rama de la Administración en la que dichos servicios sean prestados, ya que, en breve exposición, el texto de la norma pretende referirse a los distintos ámbitos en los que se organiza la gestión de las cuestiones públicas.

Lo que ayudará sin duda a discernir la naturaleza del sujeto con visos de mayor seguridad será la constatación del requisito de que la relación de la persona con la consideración o decisión de la organización y realización de los actos públicos ha de venir establecida por vía normativa, pues no otra cosa significa la referencia que el Código hace a la investidura legal de la potestad, debiendo esa invocación a la legalidad entenderse referida a cualquier tipo de normas que, dentro de la jerarquía normativa establecida constitucionalmente, están llamadas a regular las atribuciones legales de los sujetos que gestionan los intereses públicos.

250 Al lado del anterior concepto de funcionario público, el Código menciona en el epígrafe tercero de este precepto al *empleado público y municipal*, a quien, a los efectos que aquí interesan, distingue del anterior precisamente en atención al punto que referíamos como fundamental de su concepto; si, como decíamos, en la noción de funcionario público lo esencial era esa investidura legal que le habilitaba con un determinado poder de decisión que generaba la realización de actos públicos, la categoría de personas que se contemplan en este tercer apartado se definen y, al mismo tiempo, distinguen de los anteriores en el hecho de que ellos carecen, precisamente, del tan invocado poder de decisión, de forma que podría decirse que son meros ejecutores o gestores de aquellas actuaciones que otros -los funcionarios públicos- han ideado, siendo, por otra parte, los requisitos que los definen bastante similares a los que citábamos cuando nos referíamos a los funcionarios públicos, ya que, en el caso de estos mencionados empleados públicos y municipales, también existe una vinculación concebida de forma amplia con la estructura organizada para la administración de los intereses públicos.

El concepto de *autoridad pública* hace hincapié en la capacidad que la persona o el órgano colegiado en el que ésta se integra tienen para desarrollar una potestad ejecutiva o judicial.

En el ámbito del poder judicial parece que los jueces y magistrados, por su propio estatuto, son titulares de dicha potestad en cuanto que juzgan y hacen ejecutar sus propias decisiones, protegidos especialmente por un estatuto de independencia.

Lo mismo podría entenderse que sucede con los miembros del poder legislativo, a quienes la atribución de la competencia de la función legislativa debe entenderse que

les instituye de dicho carácter, especialmente reforzado por los pronunciamientos sobre inviolabilidad e inmunidad contenidos en el artículo 125 de la Constitución.

Las mayores dificultades deben encontrarse en la extensa gama de la Administración pública, donde debe acudir a las normas específicas reguladoras para determinar si efectivamente el sujeto en cuestión está habilitado para el ejercicio de esa jurisdicción.

El *agente de la autoridad* es aquél que se define como mano ejecutora de los designios acordados por aquélla, protegido por tanto, en cierta medida, por el imperio del que ella está dotada y elemento imprescindible para que el ejercicio de su mandato se haga efectivo. Las definiciones de estas personas, aparte de encontrarse en específicas normas administrativas, vendrán básicamente identificadas por el hecho de que sus actos se concretarán en la realización de las decisiones adoptadas por la autoridad, sin perjuicio de que, en casos concretos, sea una norma que expresamente defina el estatuto de ciertos empleados públicos la que cualifique a éstos como agentes de la autoridad.

La identificación de los *agentes de la Policía Nacional Civil* se remite estrictamente a la normativa reguladora de la institución.

JURISPRUDENCIA.

251

A diferencia del funcionario público este tipo de servidor no tiene carácter representativo en cuanto a que ejecute la voluntad del Estado; ya que el primero tiene poder de decisión frente a los particulares, mientras que el empleado es un mero ejecutor de órdenes e instrucciones. El empleado se encuentra en un nivel de menor trascendencia que el funcionario. El empleado público hace del trabajo el objeto principal de sus actividades, convirtiéndolas en una verdadera profesión. (Amparo, 22-09-00)

De manera que de conformidad al Art.22 Pn., la calidad de sujeto activo del delito oficial se limita al funcionario y empleado público y no se extiende al agente de autoridad como lo pretende el recurrente a partir de la interpretación particular que él hace del Art.39 Pn.. Como última consideración es necesario dejar claro que el delito de cohecho propio imputado a los Agentes de la Policía Nacional Civil, de acuerdo a la doctrina penal, es un delito especial, pues los sujetos activos reúnen la calidad personal de ser agentes de autoridad, tal como lo exige el Art.330 Pn., pero no puede calificarse como delito oficial, que también es una especie de delito especial, pues como ya se dijo el sujeto activo nada más se limita al funcionario y empleado público sin incluir la categoría de agente de autoridad como lo pretende el recurrente. (Casación, 08-11-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Conviene señalar que los conceptos de funcionario, empleado y autoridad pública, así como los de agente de autoridad, son utilizados para términos estrictamente penales, es por ello que no son utilizables los conceptos propios que el derecho administrativo ha elaborado respecto de los mismos, por cuanto el legisferante ha construido estas calidades con finalidades únicas de vigencia para el derecho penal.

De ello se derivan algunas cuestiones interesantes que habrá que considerar brevemente: a) el derecho penal esta dotado de la autonomía suficiente para elaborar sus propias conceptualizaciones, el legislador que es quien realiza esta tarea, tiene ese poder de configuración, siempre que respete el aspecto esencial de tales construcciones, dicho marco no se ha rebasado por lo que la norma tiene legitimidad; b) la aplicación más práctica de esta enumeración, es que la misma queda cubierta por el principio de legalidad, de ahí que no este permitido la interpretación extensiva de la calidad en la estructuración de los tipos penales, únicamente podrá interpretarse que es sujeto del delito, la persona que estrictamente ostente la calidad especial que se describa, la cual debe ser interpretada conforme al precepto que se comenta de manera restrictiva cuando sea in malam partem, por ejemplo si en el delito de peculado, únicamente se considera autores a los funcionarios o empleados públicos, esa calidad no puede ser analogada a una autoridad pública o a un agente de autoridad, en este caso esta proscrita la interpretación extensiva, así como la aplicación de en virtud del principio de legalidad en su versión de ley estricta. Sólo queda indicar que si la interpretación genera una favorabilidad para el acusado en el uso del concepto legal, tal interpretación es plausible realizarla, como en el caso del delito oficial –ya comentado– en el cual de manera directa el precepto de rango constitucional –Art. 239 Cn.– establece que los jueces por delitos oficiales, deben ser sometidos a un procedimiento previo de formación de causa, mientras que el delito oficial estructurado en el código penal no contempla a los jueces; c) la aplicación de estos conceptos recae sobre las calidades especiales de autor, por lo cual podrá generar tipos penales especiales, que exigen como requisito que tal calidad concorra en la persona del sujeto activo, ello debe ser interpretado teniendo en cuenta el artículo 34 CP que establece en la autoría mediata por instrumento una regla especial en cuanto a las calidades especiales.

CAPÍTULO V

CONCURSO DE DELITOS

40

CONCURSO IDEAL

Hay concurso ideal de delitos cuando con una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro, pero en todo caso no se excluirán entre sí.

El precepto recoge dos modalidades:

- Que un solo hecho constituya dos o más delitos: una acción lesiona varios bienes jurídicos que están protegidos en distintos tipos y por ello se generan varios delitos diferenciados.
- Que un delito sea medio necesario para cometer otro: hay varias acciones que producen varios delitos ligados entre sí por una relación de medio a fin.

253

El primer supuesto es el que propiamente se viene denominando *concurso ideal*, mientras que el segundo se conoce como *concurso medial*.

El Código se refiere exclusivamente a delitos, por lo que debe excluirse que también las faltas puedan integrarse en un concurso ideal.

Desde un punto de vista subjetivo, común a ambas especies, aunque con particulares matizaciones en cada una de ellas, es la existencia de *un único acto de voluntad* encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva.

Desde un punto de vista objetivo, resulta gráfica una exposición “a contrario sensu”, de manera que el concurso ideal estaría excluido si se tratara de acciones diversas, individualizadas entre sí, absolutamente desconectadas las unas de las otras, infractoras de bienes protegidos distintos, consumadas cada una antes de ejecutarse la siguiente y no necesarias para lograrse el éxito de la posterior.

Concurso ideal

Pueden contemplarse dos *supuestos*:

- a) Un mismo comportamiento ofende a dos o más bienes jurídicos diferentes y puede por ello encuadrarse en dos o más preceptos penales.
- b) Un mismo comportamiento ofende varias veces un mismo precepto penal en el que se encuentran protegidos varios bienes jurídicos.

Precisa los siguientes *requisitos*:

- 1) Una acción única, entendida como una sola resolución ejecutiva del sujeto en contra del Derecho, con independencia del número de lesiones producidas contra bienes jurídicos o del número de tipos penales infringidos.

254

El precepto habla de “una sola acción u omisión”, siendo en ocasiones ciertamente difícil discernir con claridad los límites de lo que sea una sola acción u omisión o una secuencia de acciones u omisiones. En cualquier caso, no parece que deba exigirse que toda la acción u omisión llevada a cabo se integre plenamente en los distintos tipos penales infringidos, sino que lo más común será que unos aspectos parciales de la acción u omisión supongan el sustrato fáctico de una infracción delictiva y otros aspectos sirvan para integrar el sustrato fáctico de otra, eso sí, todo ello ligado por una sola resolución ejecutiva.

- 2) La acción infringe tipos penales distintos o varias veces el mismo tipo penal:
 - Un sólo acto produce un solo resultado pero varias lesiones jurídicas:
 - Un sólo acto produce varios resultados: p.ej. se arroja por el balcón a una mujer embarazada y mueren ella y el feto (homicidio y aborto).

En el caso de *acciones imprudentes* se entiende que una pluralidad de resultados imprudentes que surgen de una sola acción constituyen un solo delito.

Concurso medial

Dos o más acciones tipificadas como delitos distintos están ligadas entre sí por una relación de medio a fin como expresión de la decisión o voluntad delictiva del sujeto.

La *relación de medio a fin* debe ser estimada en concreto, resultando imprescindible según la forma en que ocurrieron los hechos, de manera que *el delito medial ha de ser instrumento indispensable para la perpetración del delito final*.

El juicio sobre la necesidad de la infracción medial debe hacerse valorando la viabilidad de otras alternativas que no pasen por la realización del delito medial en el conjunto del plan del autor.

El desistimiento en la tentativa del delito final sólo beneficia a éste y no al delito medial.

JURISPRUDENCIA.

De lo anterior claramente se establece cual es la doctrina que se ha incorporado en el Art. 40 CP, indudablemente sólo corresponde en su primer supuesto a la denominada unidad de la acción, la cual como dijimos consiste en considerar que hay un concurso formal (ideal) de delitos, cuando mediante la realización de una acción u omisión se cometen dos o más delitos. Ello no es igual en el llamado concurso medial (delito medio-fin) pero no se discurrirá en tal argumentación por no ser adecuado a los hechos enjuiciados. Decimos que en el concurso ideal la unidad de acción es la aplicable de *lege lata* por que la estructura de la norma así lo indica, repárese en su configuración que determina la existencia del concurso formal de delitos cuando se ha exteriorizado una sola acción, nótese que el Código Penal nuestro, a diferencias de otros, no toma como base la realización de hechos, sino de acción y con ello se limita la visión de la acción a un aspecto estrictamente objetivo. Los resultados de adoptar el código esta postura, que no es nueva, por que igual la contenía el código penal de mil novecientos setenta y cuatro, es que determinándose que ha concurrido una única acción, aunque ésta produzca diversas afecciones a distintos bienes jurídicos, los hechos deben reputarse como un concurso ideal de delitos. Raúl Eugenio Zaffaroni lo explica con mayor nitidez al decir: “cuando con una acción se producen diversos resultados aunque recaigan sobre bienes jurídicos distintos se estará ante un hecho único”. (T.S. 3° S.S., 30-10-98)

255

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Cuestión importante es el concurso de delitos, por cuanto un tratamiento adecuado de la teoría concursal, permitirá una adecuada subsunción de la tipicidad de las conductas al respectivo tipo penal o en su caso a los diversos tipos penales, de ahí que esta estrechamente vinculado a este tema, el considerado respecto del concurso aparente de leyes o tipos penales, por cuanto es la forma negativa de controlar si ha concurrido

un concurso de delitos ora material ora formal, de ahí que las disgregaciones que se hicieron sobre el concurso aparente, son atinentes a esta temática.

Ahora bien, conviene destacar un punto que serán común a todas las formas concursales por cuanto es aplicable a todas ellas, dicho tópico se corresponde a la determinación de la acción, que es fundamento esencial en la determinación o no del concurso de delitos, por lo que las valoraciones aquí consideradas son aplicables a todas las formas concursales. La cuestión esencial para la determinación de un concurso, es si el sujeto pasivo con su conducta ha trasgredido diversas normas penales mediante una acción –unidad de hecho– o si dicha afectación de normas se debe a varias acciones –pluralidad de hechos– de ahí que lo esencial sea precisar cuando concurre unidad de hecho o pluralidad de hechos, aspecto que es calificado mediante el principio de acción.

256 Es doctrina mayoritaria que la multiplicidad o unidad de hechos se corresponde a la unidad o pluralidad de acciones, empero el número de hechos –hecho típico– este subordinado al número de resultados materiales cubiertos por el dolo del sujeto activo. De ahí que, importan la cantidad de acciones y no de resultados, con ello se indica que la multiplicidad de resultados típicos no genera una pluralidad de delitos, con lo cual el objetivismo penal extremo, se ve mesurado, por tanto es dable afirmar que concurrirá única acción y como consecuencia un único hecho, cuando el fundamento este constituido por una manifestación de voluntad del agente, no teniendo relevancia el número de afectaciones a los bienes jurídicos de distintas personas aún cubiertas por el dolo, es por ello que la unidad de hecho o la diversidad de hechos esta supeditada al número de acciones y no de resultados.

Afirmado lo anterior es trascendental precisar cuando se concurre única acción o cuando hay múltiples acciones, para lo cual la sistemática penal ha elaborado distintos criterios, unos desde un enfoque natural-causal y otros de índole jurídico-normativo. Así se ha formulado el principio de “unidad natural de acción” el cual se funda en la consideración de varias acciones ligadas en tiempo y espacio, que constituyen un solo objetivo, determinan un único hecho; y aunque cada conducta pueda ser estimada autónomamente, en realidad constituyen un solo hecho, el fundamento en este caso es de una acción pre-jurídica, lo cual ha significado algunas resistencias en el plano dogmático.

Desde el punto de vista normativo, la pluralidad o no de acciones se construye no desde un plano ontológico de acción, sino desde tipología penal de ahí que esta línea de pensamiento se adscriba al principio de “unidad típica de acción” la cual es concurrente cuando varias acciones –de por si separables– son sincretizadas desde una valoración normativa del respectivo tipo penal, pero se distingue entre lo que

configura una unidad típica de acción en sentido restringido y una unidad típica de acción en sentido amplio.

El modelo restringido o limitado se establece para aquellas tipos en los cuales una multiplicidad de actos no obstante su multiplicación únicamente colman un tipo penal, quedando comprendidos los delitos de efectos permanentes y los delitos de varios actos, puesto que en dichos supuestos, aunque concurren varias conductas, estas estructuran una sola acción que extiende su contenido antijurídico en cuanto se prolongue en el tiempo.

En cuanto al modelo de unidad de acción típica amplio, no sólo se limita a la mera realización del tipo penal por la prolongación de la conducta, sino que acuña los actos de repetición típica —es decir la ejecución reiterada del mismo tipo penal— siempre que este ocurra en un limitado período y cubierto por una misma decisión, de ahí que se trata de la unidad de un ilícito progresivamente atacado el cual puede tutelar bienes jurídicos de un mismo titular o de diversos derecho-habientes.

Los dos criterios expuestos —según la línea de pensamiento que se siga— son mayoritarios en sus respectivas concepciones y pretenden neutralizar un vetusto modelo, que homologaba acción con mera conducta física, en el sentido que cuantas veces se realizaran actos externos físicos, cada uno de ellos, implicaba una acción en sentido autónomo, lo cual multiplicaba la imputación de delictiva; es obvio que estas concepciones no respetan el principio de culpabilidad, que propugna un derecho penal sustentado en la unidad de conducta no sólo en el plano objetivo sino en el subjetivo; y limitado por la proporcionalidad, lo cual prohíbe la multiplicidad delictiva atendiendo sólo a actos físicos o respecto de pluralidad de resultados, se impone entonces una consideración de unidad de conducta en su aspecto objetivo y subjetivo; este criterio de unidad de acción es decisivo para determinar si se trata de un concurso ideal o real, si constituye o no un delito continuado y es el factor de inclusión o exclusión en el concurso aparente de normas penales, es decir es el criterio rector para determinar si existe unidad o pluralidad de hechos.

Hay concurso ideal cuando con una sola conducta —en el sentido de unidad de acción— el agente colma diversos tipos penales, es decir una sola acción es adecuada típicamente a diferentes supuestos de hecho que no se excluyen entre sí. Nótese entonces que los dos criterios importantes en el concurso ideal son por una parte que la conducta encaje típicamente en diversos tipos penales, pero necesariamente estos tipos penales, no deben excluirse entre ellos mismos, es decir no deben encajar en los supuestos de especialidad, subsidiariedad o consunción del concurso aparentes de normas penales, por que si la conducta encaja en diversos tipos penales, pero le son aplicables cualquiera

de las reglas del concurso aparente, las adecuaciones típicas son excluyentes; de ahí que el concurso “virtual” de tipos penales es la forma de control negativo del concurso ideal, por ello siempre es recomendable que antes de concursar idealmente una conducta se efectúe un juicio valorativo de exclusión de los criterios del concurso aparente, por que sólo de esa manera se examinara si las conductas son excluyentes o no excluyentes.

El concurso ideal por regla general se indica que es múltiple, en el sentido que una acción realiza diversas conductas típicas que son diversas, afectando diferentes bienes jurídicos; pero se admite que cuando los intereses jurídicos sean personalísimos, y la conducta afecte a una pluralidad de víctimas, concurre un concurso ideal homogéneo. Aquí es importante indicar, que la diversidad de bienes jurídicos afectados, que en atención a su autonomía, permite adecuar la conducta en múltiples tipos penales, no es un criterio suficiente para determinar si concurre un concurso ideal, por que lo que define el concurso es la unidad de conducta, de ahí que, por el sólo hecho de que una acción ofenda diversos bienes jurídicos, ello no significa que concurre un concurso ideal. De igual manera la lesión de diversos bienes jurídicos de la misma especie que pertenecen a diferentes personas, no constituye una diversidad de delitos –el caso de una conducta culpable en la cual mueren varias personas o de única conducta dolosa por la cual se causa la muerte a diversas personas– no constituyen distintos delitos sino un concurso ideal.

258

También debe indicarse que el precepto establece el llamado concurso teleológico, en el cual concurren hechos ejecutados de manera diferenciada en cuanto a tiempo y espacio, pero en virtud de los fines se entiende que dichos hechos conforman una unidad, por cuanto un hecho es necesario para cometer otro, sin embargo, esta acumulación de hechos, no debe verse solamente sobre la diferencia de los bienes jurídicos para entender concurrido un concurso medial, por que los límites son los actos sucesivos y los actos co-penados, de ahí que este tipo de concurso medial, debe ser interpretado restrictivamente por cuanto puede ser que el hecho constituya un único delito y no un concurso ideal, de ahí que, no es suficiente el aspecto subjetivo, sino que objetivamente debe concurrir toda la tipicidad del restante hecho, el cual no debe ser excluyente conforme a las reglas del concurso aparente, cada situación concursal debe ser intelegido de manera concreta, la necesidad del hecho delictivo para alcanzar otro debe ser absoluta, de lo contrario no ocurre el concurso medial, en el sentido que un delito sea necesario para cometer otro; si se trata de lo que se conoce como “pluralidades de delitos mediales” en los cuales se necesita ya no de uno sino de varios delitos para alcanzar el delito fin, se estima que concurre siempre el concurso ideal, siempre que se mantenga la unidad teleológica, de manera análoga al primer supuesto del concurso que admite no sólo dos delitos sino una multiplicidad cuando indica “.. se

cometen dos o más delitos...” en este caso siendo la *in bonam partem* esta permitida, por cuanto no es en perjuicio.

De ahí que para el concurso ideal se requieren los siguientes presupuestos: a) unidad de acción, lo cual queda plenamente aceptado por el precepto que requiere para el concurso ideal de delitos “una sola acción u omisión...”; b) doble o múltiple concurrencia de delitos, entendidos como tipos penales; c) que concorra misma identidad en el sujeto activo, pero ello no excluye la coautoría o la participación, siempre que sea sobre los mismos hechos; d) identidad de sujetos pasivos, aunque pueden ser múltiples, en cuyo caso concurriría el llamado concurso ideal heterogéneo; e) unidad de tipo subjetivo. Para el concurso medial deben concurrir: a) concurrencia de distintas acciones unidas por el delito medio al delito fin, pueden concurrir diversos delitos si se mantiene la unidad teleológica; b) necesidad del delito medio para la ejecución del delito fin; c) que ambos delitos no sean excluyentes entre si conforme a las reglas del concurso aparente; d) unidad de sujeto activo lo cual no excluye necesariamente la pluralidad de autores o partícipes, siempre que se trate de los mismos hechos; e) pueden concurrir diversos bienes jurídicos afectados.

41

259

CONCURSO REAL

Hay concurso real cuando con dos o más acciones u omisiones independientes entre sí, se cometen dos o más delitos que no hayan sido sancionados anteriormente por sentencia ejecutoriada.

El precepto se refiere al supuesto en que un sujeto realiza varias acciones distintas, cada una de las cuales se incardina en un tipo legal y constituye un delito independiente: se está por tanto ante un supuesto de *pluralidad de infracciones* que trae causa de la ejecución de *varios hechos* (en contraposición con el concurso ideal, donde hay pluralidad de ilícitos penales que derivan de un solo hecho).

El delito continuado, el delito masa, el concurso ideal en sentido estricto y el concurso medial son, como se ve atendiendo a su concepto, excepciones a esta regla general.

Desde un punto de vista procesal, hay que traer aquí a colación las *reglas sobre competencia por conexión* establecidas en el Código Procesal Penal (arts. 63 a 66),

aunque teniendo en cuenta que la concepción del concurso real es, si cabe, más amplia que la regla de competencia por conexión del art. 63.3) del Código Procesal, toda vez que *la única cortapisa impeditiva a la aplicación del concurso real es que el hecho no haya sido sancionado con anterioridad por sentencia ejecutoriada*, lo que implicará que, aun cuando con posterioridad a ser los hechos sentenciados se constate que en un momento determinado convivieron en el tiempo sin haber sido sancionados por sentencias ejecutoriadas, debe entenderse que hubo en su momento una situación de concurso real, especialmente relevante en cuanto a la limitación de treinta años (art. 71) a la acumulación matemática de sus condenas.

JURISPRUDENCIA.

260

El acusado ha cometido diversos delitos: dos homicidios simples en un mismo día (...) y cometió otros dos delitos el día (...) al tener droga en su poder e identificarse con un documento que no le pertenecía, el cual era falso. Esa multiplicidad de conductas delictivas dado que sobre ninguna ha recaído sentencia, deben pensarse conforme a las reglas del concurso real de delitos, puesto que procede declarar que han concurrido un concurso material de delitos, cuando el imputado ha cometido diversos injustos culpables, siendo que cada injusto se ha materializado con una diferente acción que los hace a todos independientes entre sí –regla del artículo 41 CP– . (T.S. 3° S.S., 18-02-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El concurso real se caracteriza por una pluralidad de acciones completamente independientes entre sí que se adecuan típicamente a uno o más tipos penales, cometidos por un mismo agente –admisibles en coautoría o participación – y sobre los cuales no ha recaído pena. A diferencia del concurso ideal en el concurso material no debe concurrir unidad de acción, de ahí que la negativa del concurso real sea el concurso formal, con mayor énfasis el medial, así como el delito continuado, de ahí que si se trata de un concurso real no debe haber concurrencia de tipos penales, sino separación de tipos penales.

En cuanto a los elementos del concurso real deben concurrir: a) diversidad de acciones totalmente independientes –no unidad de acción– en tiempo y espacio; b) distinta concurrencia de tipos penales sean o no de la misma especie; c) unidad de sujeto activo, dentro del cual son estimables las formas de autoría y participación, si concurren al mismo hecho, respetándose los criterios de la participación en general en el delito; c) unidad o pluralidad de víctimas; e) que no medie sanción impuesta por los hechos sometidos a concurso.

Conviene destacar este último aspecto, por su importancia, puesto que es un elemento normativo constitutivo del concurso material. En un primer momento podría pensarse que si se quiebra la unidad del concurso real, mediante la sanción penal que se impone, dicho concurso ya no opera, la consecuencia directa de esta apreciación se notara en un ámbito sumamente delicado, el cual es la penalidad, por cuanto las penas del concurso real, tienen una forma de concreción sumativa que no puede rebasar cierto límite; de ahí que si el concurso real se interrumpe por llevarse a juicio y sentenciarse ciertos hechos, mientras que otros hechos anteriores ya conocidos –por las razones que sean– son llevados posteriormente a juicio, las penas de estos no quedan cubiertas por la regla del concurso, debiendo el justiciable cumplirlas todas; puesto que el concurso requiere como elemento la no sanción previa; pues bien esta interpretación debe ser rechazada por cuanto quebranta los fundamentos del concurso real, que a su base tienen el principio de proporcionalidad de las penas.

Si se nota la exigencia del concurso real de que no exista sanción previa tiene –a mi juicio– un claro fundamento constitucional, la garantía de no ser sancionado doblemente por los mismos hechos –aparte de su fundamento procesal de conexidad– lo cual permite considerar que esa situación que es una norma de garantía no puede ser usada en contra del mismo acusado, entendiendo que si se impone una pena, ya no rige el principio de acumulación de penas para hechos previos y que el concurso ha quedado interrumpido, así como la unificación de penas.

261

Como se dijo tal idea contradice los propios fundamentos del concurso real, por cuanto este tiene dentro de sus finalidades, evitar la desproporción punitiva, entre la multiplicidad de delitos imputados, de ahí que uno de los fundamentos directos del concurso real, sea el principio de proporcionalidad en materia de penas, en cuanto materialmente estas no pueden ser irrazonables. Ello queda claramente delimitado por dos aspectos de la pena, en primer lugar la prohibición constitucional de penas perpetuas, la cual no sólo se limita a la interdicción del *nomem iuris* de una pena, sino también a sus efectos materiales, puesto que la multiplicidad de penas por su aumento pueden hacer derivar un sistema de penas relativamente indeterminado en penas perpetuas por acumulación, situación que trasgrede la prohibición de penas a perpetuidad, sólo imagínese el caso de una persona a quien se le imputan diversidad de delitos, respecto de los cuales, primero es sometido a juicio por ciertos delitos y se le imponen treinta años de prisión; luego es sometido por otro grupo de delitos y se le imponen treinta años de prisión; posteriormente es sometido a juicio por otro grupo de delitos y también se le imponen treinta años de prisión. De todos los delitos originalmente imputados, el imputado ha sido condenado no en un solo juicio a diversas penas, lo que de manera –solo– aparente ha interrumpido el concurso, pero de aceptarse esta tesis se acepta que tendrá que cumplir por el sistema de acumulación de penas, los noventa años de prisión, cuestión

que afrenta la proscripción de la pena perpetua, la cual tiene rango constitucional. También se vería conculcado el principio de resocialización de penas el cual subyace en el concurso real, por cuanto una persona condenada a penas de larga duración, como lo sería en el caso expuesto, no tiene expectativas reales de una oferta de inserción social.

De lo anterior esta exigencia del precepto debe ser interpretada conforme con los principios constitucionales aludidos, de ahí que tal limitación debe concurrir cuando el acusado posterior a su condena, cometa nuevos hechos delictivos, o cuando un hecho anterior era absolutamente desconocido razón por la cual no fue oportunamente incoado; por el contrario cuando los hechos son conocidos y están sometidos a investigación o procedimiento, estando identificado el justiciable como autor o participe de esos hechos, la no unificación de juicios para que sean decididos en un único juicio, no afecte la unificación posterior de las penas, siempre que los hechos sean previos y no ulteriores, de ahí que aunque formalmente se interrumpa el requisito de la sanción de hechos, materialmente tal cesura no opera, por lo que las nuevas penas que se impongan a consecuencia de los juicios posteriores por hechos previos, deberán unificarse materialmente a las penas del concurso real, la interpretación analógica de la norma penal en esta caso es no sólo favorable, sino que conforme a preceptos de la Constitución que tienen que ser cumplidos, por lo cual la dilación no puede computarse en perjuicio del acusado y deberá concurrir unificación material de penas.

262

42

DELITO CONTINUADO

Hay delito continuado cuando con dos o más acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y aprovechándose el agente de condiciones semejantes de tiempo, lugar y manera de ejecución, se cometen varias infracciones de la misma disposición legal que protege un mismo bien jurídico, aún cuando no fueren de distinta gravedad.

No hay delito continuado en los delitos de homicidio y lesiones.

El delito continuado agrupa en un solo delito un conjunto de acciones homogéneas que se llevan a cabo en momentos distintos, pero obrando con unidad de resolución; lo que el sujeto hace es *fraccionar en el tiempo una conducta a la que guía un mismo designio*,

de forma que los actos particulares que se ejecutan no son sino parte del resultado global que se pretende.

Requisitos:

1) *La pluralidad de acciones u omisiones.*

Nos encontramos ante hechos típicos diferenciados entre los que existe una cierta conexión temporal, ya que de lo contrario sería difícil entender que respondan a la realización de un mismo propósito criminal.

Ello requiere obviamente que todos los hechos sean objeto de un solo proceso, lo que trae como consecuencia que si tras el enjuiciamiento de un delito continuado aparece como objeto de un proceso diferenciado un hecho que podría haberse integrado en dicha figura, éste debe entenderse afectado por el efecto de cosa juzgada.

2) *La unidad de propósito criminal.*

Estamos ante un dolo conjunto o unitario, que no precisa renovarse en cada una de las acciones a desarrollar, que abarca todas las acciones u omisiones que se van a ejecutar, de forma que el sujeto programa su idea criminal a través de la ejecución de varios actos.

263

Cuando el Código hace referencia a condiciones semejantes de tiempo, lugar y manera de ejecución, se está refiriendo a que esa unidad de propósito ha de traducirse externamente en una homogeneidad en la actuación delictiva, que se lleva a cabo en modo y circunstancias similares en cada una de las secuencias en que el actuar del sujeto se descompone. Puede decirse que es la vertiente objetiva de este elemento subjetivo.

La antedicha semejanza no impide la diversidad o variedad de lugares, fechas o sujetos pasivos, con tal de que el sujeto activo haya contemplado dicha diversidad como indispensable para la satisfacción de su plan delictivo. Se requiere pues una cierta conexidad espacio-temporal, sin la cual sería difícil concluir la existencia de los requisitos que sustentan la figura del delito continuado.

Esta unidad de propósito criminal comporta la inaplicabilidad de continuidad delictiva a los delitos imprudentes, donde el mismo concepto de propósito criminal es incompatible con la naturaleza de la imprudencia.

3) *La homogeneidad de la infracción cometida.*

El Código habla de “ofensa a la misma disposición legal que protege un mismo bien jurídico”. La redacción puede resultar equívoca puesto que la referencia a la misma disposición legal debe hacer pensar que todas las conductas han de estar incardinadas en el mismo artículo, si bien es cierto que con esa interpretación la segunda apostilla sobre el hecho de que esté protegido el mismo bien jurídico resulta ociosa, toda vez que, en atención a la técnica con que se construye un texto legal, parece obvio que, de entrada, un mismo precepto suele acoger tan sólo una conducta y que, caso de ser varias las que defina, cuando menos todas ellas están ligadas por el hecho de responder a la protección de un mismo bien jurídico, ya que lo contrario significaría sin duda una elaboración defectuosa del texto legal.

264

Aun existiendo otras construcciones del delito continuado en sistemas jurídicos hermanados con el salvadoreño en las que se hace referencia a “la identidad o semejanza del precepto penal infringido”, atendiendo a la estricta redacción del precepto en estudio, parece que la opción legislativa de este Código ha decidido superar las dificultades que presenta una correcta interpretación de qué preceptos guardan entre sí una relación de identidad o semejanza y cuáles no, optando por una definición más estricta que quizá llegue a la redundancia antes expuesta. Según ello, nuestro criterio es que debe entenderse que la definición que aquí se da del delito continuado exige que todas las conductas estén incardinadas en el mismo precepto legal (entiéndase aquí artículo), siendo lógico por lo antedicho que todas ataquen al mismo bien jurídico, si bien es posible que la gravedad del ataque y por tanto de la respuesta punitiva legislativa sean distintos, habida cuenta además de que sí que existen en la técnica legislativa del Código artículos que definen similares ataques contra un mismo bien jurídico que, por determinadas circunstancias diferenciadoras entre sí, suponen una diferente gravedad punitiva.

Abunda en esta conclusión la forma en que se establece la regla punitiva del art. 72 del Código, donde la referencia a la fijación de la pena se hace en atención a la pena prevista para el delito infringido, lo que parece descartar cualquier idea de pluralidad de preceptos en consideración.

La exclusión de los delitos de homicidio y lesiones

Ambos delitos protegen bienes estrictamente personales como la vida o la integridad física, respecto a los cuales desde siempre se ha venido entendiendo en las distintas concepciones legales y doctrinales que, por su naturaleza excepcional, no podrían incluirse en las construcciones del delito continuado: tanto el reproche de la acción

como la definición de la culpabilidad del sujeto están tan íntimamente ligados a cada ataque individual que cada acto delictivo debe ser valorado separadamente.

Temas de participación

El autor de la totalidad de las acciones responde de un solo delito, pero los partícipes que se incorporan en el curso de la actuación continuada responden tan sólo de la secuencia de hechos en la que han intervenido, lo que no descarta necesariamente el que esa secuencia constituya por sí misma un delito continuado.

Sin embargo, pese a lo que se acaba de exponer, hay que decir que en el caso de una pluralidad de acciones separadas en el tiempo y en las que un mismo sujeto actúa cooperando con sujetos activos diferentes podría ponerse en tela de juicio la existencia de la continuidad delictiva respecto al mismo en atención a que más cabría hablar de un dolo independiente en cada acción y no de una unidad dolosa respecto al conjunto.

Temas de ejecución

La existencia de diversos grados de ejecución en las diferentes acciones en que se desglosa el delito continuado no impide su existencia, debiendo sancionarse el grado de ejecución que resulte más gravemente penado, es decir, la consumación.

265

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Conviene agregar los siguientes comentarios: a) el delito continuado es una pluralidad de hechos completamente diferenciados pero considerados jurídicamente un supuesto de unidad de acción, por ende es diferenciable del concurso real y es una excepción a la punición del mismo; b) el delito continuado debe ser construido desde una perspectiva sincrética de aspectos objetivos y subjetivos; c) respecto de los elementos objetivos deben concurrir, la unidad del ilícito en su sentido objetivo; similitud formas y medios de ejecución, sin que ello importe igualdad; vinculación espacio temporal; unidad del sujeto con mismo título de autoría; pueden concurrir con el autor partícipes en los cuales no se requiere igualdad de identidad; unidad del bien jurídico ofendido; afectación del mismo precepto penal, en el cual pueden concurrir sus formas agravadas o atenuadas, sin que ello afecte la continuidad delictiva; d) debe concurrir un dolo de continuidad, que cubre todos los aspectos objetivos del delito continuado con énfasis en los aprovechamientos de la misma ocasión; e) la única limitación de la cual adolece la continuidad delictiva es respecto de los delitos de homicidio y lesiones en todas sus configuraciones, por lo que para los restantes delitos que admitan la estructura de una continuidad delictiva, es válida su aplicación; d) rigen en el delito continuado, una unidad

jurídico material-procesal, ello genera la consecuencia que de haberse imputado un delito continuado, la última etapa de inclusión de hechos, es en el debate, momento en el cual se puede ampliar la acusación, con la inclusión de un hecho desconocido que es parte de la misma continuidad delictiva, si ello no ocurre y el caso se falla, el descubrimiento posterior de hechos que son propios de la continuidad delictiva que se juzgó, ya no pueden ser nuevamente considerados quedan cubiertos por la *res iudicata tacite* la cual se deriva del principio *Tantum Indicatum Quantum Disputatum Vel Quantum Disputare Debet*, con lo cual tiene vigencia el principio de *Ne bis in idem*.

43

DELITO MASA

Cuando en las defraudaciones el agente obtenga diversas cantidades de dinero en perjuicio de una pluralidad de sujetos indiferenciados, el hecho deberá estimarse en conjunto como un sólo delito, tomándose como monto del perjuicio patrimonial el conformado por el importe global de lo defraudado.

266

El delito masa será utilizado únicamente para impedir la impunidad o un tratamiento injustificadamente benévolo de los hechos que considerados individualmente no constituyan delito por razón de su cuantía. (9)

La construcción del delito masa hace referencia a *ataques de contenido defraudatorio patrimonial* en el que la actuación del sujeto activo se desglosa a través de una *pluralidad de actos* ligados entre sí por un *plan preconcebido común* en el que no se define “a priori” una víctima concreta de esa acción, sino una *indiferenciada masa de posibles víctimas* que puedan ir siendo defraudadas a medida que se van sucediendo las plurales acciones a desarrollar.

El sujeto desde el principio pretende dirigir su acción contra una pluralidad de personas, que ni generalmente están determinadas ni tienen que estar unidas entre sí por vínculos jurídicos; el perjuicio que se va a causar a cada una de esas personas no es para el sujeto activo sino *una parte integrada en el montante superior* que se pretende alcanzar con el desarrollo de la acción.

La *acción* se circunscribe a los *delitos patrimoniales en su modalidad delictiva de fraudes colectivo*: el delito masa existe cuando una sola acción engañosa es hábil para producir

el error y la defraudación en muchas personas, bien de una sola vez, bien escalonadamente.

El elemento que da lugar a mayores dudas interpretativas y que es el que personaliza la institución jurídica en estudio es la *definición del sujeto pasivo como pluralidad de sujetos indiferenciados*. Por tal, en contraposición con la existencia de varios perjudicados conocidos e identificados, la referencia del precepto debe entenderse como que la acción se dirige desde el principio contra un *grupo generalizado de personas no identificadas individualmente* tanto porque la acción no lo pretende -resultándole indiferente al sujeto activo en principio quién a sus resultas sea defraudado-, ni porque existan entre ellos previos vínculos jurídicos que les aboquen a ser destinatarios de la acción delictiva.

Consecuencia de tal concepción de la acción y del sujeto pasivo, es que el montante de la defraudación se define por el conjunto de lo defraudado. El sujeto activo quiere obtener un determinado beneficio patrimonial del plan que concibe y no prefija quiénes individualizadamente le van a reportar dicho beneficio al ser defraudados ni cuál haya de ser la contribución de cada uno de ellos.

No habría delito masa si el medio comisivo elegido para defraudar exige respecto de cada perjudicado una acción diferente, aunque el engaño usado sea idéntico o muy similar para todos los sujetos defraudados. Tampoco lo habría cuando una acción única y dirigida hacia varios destinatarios perjudique sólo a quienes aparecen inicialmente concretados.

267

El segundo párrafo del precepto supone un límite y al mismo tiempo una guía interpretativa para delimitar los casos a los que les será aplicable esta institución, algo que en realidad ya hemos ido haciendo en la exposición a fin de depurar el concepto de esta figura.

El intérprete del derecho siempre se ha encontrado en estos casos (y, obviamente, en los del delito continuado, con quien el delito masa está íntimamente relacionado) con el problema de que ante determinadas defraudaciones cabía acumular las actuaciones parciales, obteniendo así un único resultado de mayor gravedad, algo relevante en los delitos patrimoniales donde la propia tipicidad o la punición están determinados en atención al valor económico del objeto del delito o al perjuicio que se ha causado.

Sólo podremos llegar a acumular las acciones defraudatorias para encuadrarlas en un sólo delito si, dejando de hacerlo, nos encontramos con cualquiera de las alternativas expuestas: bien que la acción careciera de trascendencia penal por atipicidad de la

conducta, ya que es sabido que en ocasiones el derecho penal, como derecho de mínimos, establece su aplicación a partir de determinados perjuicios (en este caso para bienes patrimoniales); bien que el tratamiento individualizado de cada una de las acciones defraudatorias, contemplando aisladamente a la víctima y a su perjuicio, nos obligue a una respuesta punitiva inadecuada por insuficiente para la trascendencia que tiene el dolo criminal del sujeto y la repercusión social de su comportamiento.

No se puede dejar de asumir que tales limitaciones comportan una ligera inseguridad, ya que obligan al órgano jurisdiccional a moverse en unos ámbitos interpretativos un tanto difusos, sobre todo cuando se trata de valorar qué sea y qué no sea un “tratamiento injustificadamente benévolo”.

JURISPRUDENCIA.

268

El tribunal se pronuncia por delito masa en tanto que existe una pluralidad de acciones que conlleva a una unidad del delito, en razón de que se conoció por defraudaciones en perjuicio de una pluralidad de sujetos indiferenciados de los cuales el imputado extrajo diversa cantidad de dinero con un solo propósito unitario de enriquecimiento, haciendo la aclaración que el Tribunal conocerá un solo delito por el importe global de lo defraudado, por otra parte, las acciones realizadas por el imputado reúnen tres requisitos básicos exigidos por la doctrina para valorar las mismas como un solo delito de diversas acciones siendo primero, la existencia de un plan preconcebido o aprovechamiento de identidad de ocasión; segundo, pluralidad de acciones u omisiones; tercero, infracción del mismo precepto penal o precepto de igual o semejante naturaleza. (T.S. 2º San Miguel, 25-03-99)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Algunas cuestiones importantes del delito masa son las siguientes: 1) la indeterminación a priori de las personas es requisito esencial de la masificación delictiva, el sujeto pasivo lo constituye una colectividad la cual precisamente la conforman personas indeterminadas, de ahí que los afectados sean una generalidad de personas, pero ello no significa pluralidad de víctimas, sino una “masa de personas” no determinadas previamente por el autor, en tal sentido puede ser cualquier persona en general que se ubique en la misma posición de la víctima; 2) se requiere en principio de una pluralidad de acciones, las cuales no tienen que ser equivalentes, únicamente deben concurrir en el mismo supuesto de defraudación; sin embargo también –dado los avances tecnológicos– puede ser suficiente única acción que pueda alcanzar a un grupo de personas indeterminadas que se vean afectadas, siempre que no entre en el supuesto de concurso ideal homogéneo; 3) la diversidad de cantidad de dineros puede rebasar

el límite de la punibilidad de la falta, puesto que el fundamento del delito masa es la indeterminación de personas, lo cual no concurre en la falta relacionadas a defraudación en la cual el sujeto pasivo tiene que ser determinado, por ello la reforma del precepto era innecesaria; 4) la unidad del hecho es jurídica, por cuanto diferentes hechos constituyen un solo delito que en este caso se entiende masificado; 5) la indeterminación de los sujetos pasivos en cuanto al plan del autor se constituye *ex ante* con lo cual el sujeto indeterminado, puede concurrir determinadamente, sin que ello en nada afecta la tipicidad del delito masa; 6) el aspecto de la indeterminación de personas que serán objeto de la defraudación debe ser cubierto por el dolo; 7) el delito masa únicamente se predica de las defraudaciones, por lo que habría que precisar su formulación, la defraudación consiste en actos que se ejecutan con fraude –engaño o abuso de confianza– en perjuicio de las personas, sin embargo debe considerarse que la defraudación no es precisamente un tipo penal sino que es una figura rectora para designar a las afectaciones patrimoniales que en general se realizan mediante fraude, de ahí que en este ámbito queden comprendidas la estafa en su modalidad simple y agravada, la apropiación o retención indebida y la administración fraudulenta, en estos últimos dos casos cuando sea compatible con los requisitos del delito masa. Cuestión interesante es si el concepto de fraude puede generalizarse aún más y cubrir supuestos como el delito de defraudación a la economía pública, 240-A siendo este un tipo penal de fraude colectivo, parecería cumplir con los presupuestos del delito masa, esencialmente con la indiferenciación *ex ante* de la multiplicidad de sujetos pasivos; sin embargo en otros supuestos en los cuales se contiene la noción de fraudulencia como “Fraudes de comunicaciones (238-A CP) o “Desviación fraudulenta de clientela” (239 CP) la figura en virtud del mandato de certeza no es aplicable, sobre todo por la indiferenciación del sujeto pasivo.

TÍTULO III

PENAS

CAPÍTULO I

DE LAS PENAS SUS CLASES Y EFECTOS

44

CLASES DE PENAS

Las penas a que se refiere este Código se clasifican en:

1) Penas principales; y,

270 2) Penas accesorias.

De entre las distintas posibilidades de clasificación de las penas que se han establecido por la doctrina científica, el Código ha atendido al *criterio de la autonomía o dependencia* de otras penas para distinguir entre penas principales y penas accesorias.

La *pena principal* es la que la ley especialmente señala a cada delito.

La *pena accesoria* no está especialmente señalada por la ley al delito, sino que es la propia ley penal la que declara que otra pena la lleva consigo.

JURISPRUDENCIA.

“En cuanto a los lineamientos prescritos por la Constitución para que la pena cumpla con su fin preventivo de delitos, es necesario considerar los siguientes aspectos: A. El Art. 27 Inc. 3° Cn dispone que (...). Esa disposición determina la función de la pena privativa de libertad en el marco del régimen constitucional: en primer lugar la readaptación del delincuente, a través de medidas que incluye la educación y la formación de hábitos de trabajo, y en segundo lugar la prevención de delitos. Consecuencia de ello, es que la pena en nuestro marco constitucional ejerce una función de carácter

principalmente utilitario, pues busca en primer lugar la resocialización del delincuente. Tal es el fin determinante al servicio del cual se ubica la pena, entendida la resocialización –a decir de Mir Puig– “no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, no como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las personalidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativa al comportamiento criminal”. Pues como bien apuntan las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, “el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo. (Inconstitucionalidad, 14-02-97)”

“Ahora debe examinarse, si el poder legislativo tiene un ámbito absolutamente discrecional para fijar las penas para los delitos en su merecimiento abstracto, o si por el contrario las decisiones que se asumen en este tópico de la política penal, están sujetas a algún mecanismo de control. En otras palabras, si la Asamblea Legislativa decide reformar el marco punitivo, puede hacerlo sin ningún tipo de limitación , justificando ese acto de poder, por el hecho de ser el órgano emisor de la legislación infraconstitucional, en este caso del Código Penal; para el tribunal esta facultad de imponer penas en la creación de los delitos, aunque goza de un ámbito laxo de discrecionalidad, no puede llevar al absurdo de entender que es un poder ilimitado, al contrario, los límites que el legisferante tiene, le vienen dados por la misma Constitución de la República y por todos los principios, derechos y garantías que la Carta Magna tutela de manera especial. En tal sentido el legislador ordinario, al momento de crear las penas, se encuentra limitado por la Constitución y ese control de la constitucionalidad de las normas que emanan de su seno, esta concedido a un poder distinto al legislativo, para salvaguardar el equilibrio del ejercicio del poder, cuestión que constituye el fundamento esencial del pensamiento democrático-liberal y representa la piedra angular del Estado Constitucional de Derecho (...) (T.S. 3° S.S., 09-08-02)”

271

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Es conveniente señalar algunas cuestiones esenciales respecto de la pena, ésta es una de las consecuencias jurídicas del delito y se constituye por una restricción a un derecho fundamental de la persona sobre la cual recae por el injusto culpablemente cometido; la pena se ha definido –Hassemer– como: “sanción que reprime comportamiento socialmente insoportables en tanto esta limitada por el principio de culpabilidad”.

En el precepto se acuña una de las tantas clasificaciones de las penas, en este caso en atención a su rango interno, la penas pueden ser principales o accesorias. La pena principal es la que esta vinculada al supuesto de hecho del tipo penal, y se imponen por el hecho cometido sin vinculación a otra pena, en el sistema penológico salvadoreño, la pena tiene tres dimensiones aquellas que tienen como base la privación de libertad, independientemente de la intensidad de dicha privación; aquella que tiene como base la afectación del patrimonio de las personas, vinculada a la multa; aquella que constriñe la autonomía de la persona imponiendo un trabajo de utilidad pública.

272

Cuestión profundamente debatida es el fundamento y los fines de la pena, en su extensión tal cuestión no puede ser tratada aquí, sin embargo es posible apostillar algunas cuestiones básicas: como que la pena ha tenido una doble fundamentación entre teorías absolutas y relativas. Las absolutas han puesto su énfasis en la retribución –*poena quia peccatum est*– mientras que las teorías relativas en funciones instrumentales o preventivas –*poena ne in peccetur*– inclusive desde su versión original antiquísima –que pone de relieve Hassemer– y que formula “*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*” o “*ninguna persona razonable aplica una pena por los pecados del pasado, sino para que no se vuelvan a cometer en el futuro*” (Hassemer, 1999, 105). Precisamente la teorías relativas se dividen en teorías de la prevención general que a su vez pueden ser de prevención general negativa –intimidación– o de prevención general positiva –la afirmación del derecho–; y en teorías de prevención especial que se dividen así mismo en teorías de la prevención especial negativa –neutralización e inocuización del ser humano– y teorías de la prevención especial positiva –resocialización de la persona–; lo anterior es importante por que la pena debe respetar principios que le son impuestos como límites a la facultades de punir del Estado (Roxin, 2001:212/213) dicho límites son irrebasables, centrándose en la dignidad de la persona humana, la pena en cualquiera de sus manifestaciones sólo constituye una restricción de derechos fundamentales y no una afectación del núcleo esencial de los mismos, por lo que la imposición de una sanción penal, jamás puede consistir en un trato inhumano respecto de la persona del justiciable, esta finalidad de preservar la indemnidad del hombre en su aspecto de dignidad, es la que subyace en el programa constitucional de la pena, el ejercicio de un legítimo *ius puniendi* jamás puede representar “el sacrificio” de la persona humana por fines de expectativa social, aquí el fin no justifica los medios (Alcacer Guirao, 2001:178) en puesto de manifiesto con mayor énfasis en la pena que resulta ser la más aguda, la pena de prisión, quedando proscritos todas aquellas pena que afecten de manera desmedida la dignidad del ser humano y asumiendo el principio de resocialización como uno de los fundamentos esenciales al cual se agrega el de prevención de delitos, de esta visión de la pena es que se derivan para toda clase de penas, unos principios rectores que deben ser observados y que se desarrollan a continuación.

a) Principio de Humanidad de las Penas. Dicho axioma tiene como fundamento el respeto por la dignidad del hombre como fin del estado –Art. 1 Cn– de ahí que tal principio sea propios de los Estados Constitucionales de Derecho, por cuanto se proscribire la pena como sometimiento de la persona a los fines absolutos de la autoridad estatal, la pena en tal sentido jamás debe afectar a la persona del justiciable, en su dignidad, debe respetar su autonomía y su calidad de ser social, en razón de ello están proscribas del derecho penas perpetuas, infamantes, crueles, inhumanas, tormentosas, y tratos que se inflijan mediante las formas de ejecución.

b) Principio de Legalidad de las Penas. Las penas tienen la misma garantía de protección respecto del principio de legalidad, es más tienen una garantía mucho más reforzada, por cuanto en la ejecución de la pena, es donde han sucedido mayores afrontaciones al principio de legalidad, de ahí que la primera conexión de la pena con dicho principio es en el *Nulla poena sine lege* por el cual no puede haber pena sin ley escrita, previa, precisa y estricta, lo cual significa que la pena tanto en su imposición – aspecto cuantitativo– como en su ejecución –aspecto cualitativo– deben estar determinadas por el legislador mediante ley, dicha ley en su imposición y ejecución es irretroactiva, salvo favorabilidad, las penas tienen que determinarse de manera precisa y la interpretación del aspecto punitivo, no puede hacerse de manera analógica desfavorable, estando prohibida la interpretación extensiva y habilitada únicamente la interpretación restrictiva y la favorable al justiciable; *Nulla poena sine procesu e sine iudicio* por lo cual las penas sólo pueden imponerse, habiéndose respetado la garantía del proceso y del juicio, es decir la garantía de un procedimiento constitucionalmente configurado; *Nulla poena sine humanitas* lo cual impone una pena con un tratamiento penitenciario humanista, que respete la autonomía ética de la persona, centro del principio de dignidad, con fines de asistencia y tutela de derecho en cuanto a la oferta de resocialización, es por ello que a esta visión de de la pena con fines resocializadores actualmente se le invoca como pena con fines de personalización.

273

c) Principio de Proporcionalidad de las Penas. Las penas deben ser proporcionales tanto en su merecimiento abstracto como en su merecimiento concreto, tanto las que predetermina el legislador, como las que aplica el juez; dicha proporcionalidad en abstracto obedece a una tutela de los bienes jurídicos, de ahí que bienes jurídicos personales o vinculados de manera más estrecha a la tutela de los mismos deben ser protegidos mediante penas de mayor intensidad de acuerdo a la jerarquía de dichos intereses vitales; mientras que bienes jurídicos no personales o más alejados de la dimensión de protección deben tener penas de menor intensidad. En la imposición de la pena la determinación corresponde a la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor respecto del injusto cometido.

Lo anterior es importante recordarlo, por que la pena al igual que el derecho penal debe ser utilizado como un instrumento de ultima intervención, es decir atendiendo al mínimo de afectación razonable; lo anterior es más urgente cuando se trata de la pena de prisión, por cuanto todos los efectos negativos de la pena se agudizan y extienden mediante la pena de prisión, y es que debe reconocerse que la prisión ha recibido críticas –todas ellas empíricamente demostradas– en el sentido de causar un proceso de daño que es irreversible; que es una institución total; que es una institución negadora de los principios fundamentales del derecho penal; que es una institución reproductora de la criminalidad; que constituye una “máquina deteriorante” del ser humano (Arroyo Gutiérrez, 1995: 67/70). De ahí que la pena de prisión debe constituir una verdadera excepción y la aplicación de penas alternativas o de subrogados penales deben tener una mayor efectividad.

En cuanto a las penas accesorias estas no tienen existencia por si mismas y son dependientes de las penas principales, es decir se rigen por el principio de accesoriedad de no existir las penas principales, no concurren las accesorias; en cuanto a su imposición las penas accesorias se dividen en obligatorias y potestativas.

45

PENAS PRINCIPALES

Son penas principales:

- 1) La pena de prisión, cuya duración será de seis meses a setenta y cinco años. En los casos previstos por la ley el cumplimiento de la pena será en una celda o pabellón especial de aislados, debiendo cumplirse desde su inicio no menos del diez por ciento de la condena.(15)
- 2) La pena de arresto de fin de semana, cuya duración será entre cuatro y ciento cincuenta fines de semana;
- 3) La pena de arresto domiciliario, cuya duración será de uno a treinta días;
- 4) La pena de multa, cuyo importe se cuantificará en días multa y será de cinco a trescientos sesenta días multa; y,
- 5) La pena de prestación de trabajo de utilidad pública, cuya duración será de cuatro a ciento cincuenta jornadas semanales. (11)

275

El precepto contiene el *catálogo de penas*, cuyo desarrollo haremos pormenorizadamente en el precepto que se refiere a cada una de las penas concebidas.

Queda claro que el modelo del Código salvadoreño responde a un esquema en el que la pena fundamental es la privación de libertad, cuya ejecución puede revestir formas más atenuadas atendiendo a la menor necesidad de reproche a que la conducta sea acreedora: tal es el caso del arresto domiciliario y del arresto de fin de semana.

Añadir ahora que, como se verá en el artículo siguiente, *el sistema de penas principales se completa con las de inhabilitación*, que también pueden tener este carácter cuando el Código así lo prevea.

JURISPRUDENCIA.

“La pena perpetua puede conceptualizarse como una sanción penal por la que se condena a un delincuente a sufrir la privación de su libertad personal durante el resto

de su vida, es decir, se trata de una sanción vitalicia consistente en el extrañamiento del condenado del resto de la sociedad a consecuencia de la comisión de un delito. De la sola comparación de este concepto con la función y caracterización de la pena privativa de libertad expuesta arriba, se desprende la lógica de la prohibición de la pena perpetua; tal pena no es compatible con la resocialización del delincuente, pues implica determinarle un extrañamiento de la vida ordinaria de la sociedad por el resto de la vida. Ya de por sí la doctrina señala los negativos efectos de la prisión —es la llamada crisis de la pena privativa de libertad— sobre la cual las recientes investigaciones —a decir de Bustos Ramírez— han demostrado que la pena en exceso privativa de libertad “no puede ser resocializadora, ya que destruye la personalidad del sujeto” y también los llamados efectos de “prisonalización” y de “despersonalización” que tiene la cárcel, por el hecho de ser una institución total, en la cual el sujeto pierde su identidad y pasa a sólo ser un número dentro de la institución, lo cual además conduce a “la llamada subcultura carcelaria, que aumenta la conciencia violenta o delictiva del sujeto”. Consecuentemente, someter al condenado a un extrañamiento tan prolongado que sea irrazonable —mucho más si el mismo es de por vida— desnaturaliza el fin de la pena de prisión prescrito por la Constitución, el cual sólo puede alcanzarse si se ejecuta adecuadamente un tratamiento penitenciario que —de acuerdo a las mencionadas reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos— “debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles a los condenados la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad. Además mientras el tratamiento penitenciario se ejecuta, “el régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto estas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona. Es conveniente que, antes del término de ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad”. Es decir que esos fines —coherentes con la concepción personalista o humanista de la Constitución— se desvanecen ante una condena de privación de libertad en virtud de la cual el interno no tiene la esperanza de una eventual liberación. (Inconstitucionalidad, 14-02-97)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Lo relevante de este comentario está centrado en la modificación —mediante reforma— de la que ha adolecido el precepto, por la cual se establecen dos situaciones relevantes: 1) la modificación de la duración de la pena de prisión —aspecto cualitativo de la pena— que se ha intensificado hasta el límite de los 75 años de prisión; 2) la forma de cumplimiento de la pena de prisión en cuanto a su ejecución —aspecto cualitativo de la

pena— que impone una forma de régimen especial de cumplimiento en celda o pabellón especial de aislados por un monto no menor al diez por ciento de la condena. Quizá conviene indicar desde ya, que como se trata de penas que por su incremento en la restricción de derechos fundamentales de las personas de los justiciables, son desfavorables, para ellas rige de manera absoluta tanto en el quantum de la pena —los setenta y cinco años— como en el tratamiento —régimen especial de aislamiento— el principio de irretroactividad de la ley penal, mismo que esta fundado en el Art. 21 Cn, en el Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1, 13 y 14 CP, y 1 Ley Penitenciaria; por lo que tales restricciones en cuanto pena no pueden ser aplicadas de manera retroactiva a hechos sucedidos con anterioridad a la vigencia de la reforma, de hacerse significaría una clarísima aplicación retroactiva de ley penal desfavorable, afectando el principio de irretroactividad de ley penal.

Establecido este punto es procedente examinar la conformidad de tales modificaciones normativas en el precepto con los principios constitucionales que rigen en materia penal, iniciando por la cuestión del aumento de la pena de prisión hasta setenta y cinco años de prisión.

1) Ciertamente en materia de penas el legislferante goza de un amplio poder de configuración, es decir que en principio tiene unos potestades bastante laxas para determinar las penas que han de asociarse a los delitos, sin embargo como todo poder en una democracia —El Salvador es un República Democrática Art. 85 Cn— el mismo se encuentra limitado, tales confines al legislador, le están impuestos por la Constitución, merced a todos los principios, derechos fundamentales, libertades y garantías que se establecen de la misma, los cuales no pueden ser alterados mediante —así lo indica el artículo 246 Cn— las leyes que regulen su ejercicio, estableciéndose la primacía de la Constitución como norma respecto de las leyes y reglamentos. Que la Constitución no es un orden normativo que pueda ser modificada por los poderes normativos del legislferante lo ha determinado la Sala Constitucional con precisa cita parafraseada —en atención a la Jerarquía de la Constitución y su fuerza normativa— del Juez Marshall por la cual se consideró: “La Constitución es o bien una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o bien está situada al mismo nivel de los actos legislativos ordinarios y, al igual que otras leyes, es modificable cuando la legislatura quiera modificarla (...). Si la primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces las constituciones escritas son tentativas absurdas, por parte del pueblo, de limitar un poder, que es ilimitable por su propia naturaleza” (Sentencia de Inconstitucionalidad de los artículos 2 incisos 2° y 4°, 4, 6, 12, 14 inciso 1°, 15 y 22 de la Ley Transitoria contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, p 71). Es posible entonces adelantar que el legislador no obstante

ese amplio poder de configuración penal, tiene que respetar límites que le ha impuesto la misma Constitución, los cuales no puede rebasar, sino mediante violación de las normas constitucionales.

De la pena, se han esbozado ya dos principios que son pilares en la construcción normativa de la misma, uno se corresponde al principio de dignidad humana; el otro al principio de proporcionalidad de la pena; de ambos dimana el principio de rehabilitación o resocialización de la pena. Que las penas sean proporcionadas y que estén construidas sobre la finalidad esencial de la readaptación de la persona del delincuente, sólo puede obedecer al principio de dignidad de la persona humana, por cuanto el artículo 1 Cn declara que: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado...”; obviamente por el principio de igualdad que establece la Constitución en el artículo 3 y que esta estrechamente vinculado al principio de *dignitas* las personas de los delincuentes –cualquiera que sea el hecho cometido– están incluidos dentro de este reconocimiento primado de centralidad de la persona humana; ese respeto por la dignidad de la persona debe estar reflejado –de manera más categórica– en la cuestión punitiva.

278 De ahí que todo el proemio que establece el artículo 27 Constitución respecto de la prohibición de cierta clase de penas, es en atención a la dignidad personal del ser humano, estas proscripciones de pena no son *numerus clausus* en el sentido que únicamente ellas se encuentran comprendidas, puesto que se trata de norma que por su naturaleza son indeterminadas (Tinetti) con lo cual –entiendo– toda clase de penas similares a las mismas en cuanto a su intensidad quedan comprendidas en la interdicción de configuración penal. En el mismo sentido, los fines de readaptación que el constituyente confirió al lugar donde se ejecuta la pena de prisión, son los mismo fines de la pena, puesto que de lo contrario se incurriría en una sustancial transgresión, estas finalidades sólo resultan satisfactoriamente explicadas, si se entiende que aun en materia punitiva el primado de los principios, reside en la dignidad personal del ser humano, es por ello que la finalidad de la pena no es de inocuización o de sufrimientos deletéreos para el ser humano –mas allá de la propia aflictividad de la pena de prisión– sino una oferta de rehabilitación, la cual la misma norma primaria prescribe cuando indica: “... procurando su readaptación...”.

Las penas perpetuas se fundamentan en una culpabilidad imperecedera, por lo cual la pena de prisión también es perenne, sin tener una limitación de cumplimiento, más que la propia vida, de ahí que la pena perpetua desde una perspectiva meramente formal no tendrá limitación, es pena total, desde esta visión la rehabilitación no tiene ningún sentido, es por ello que la pena de prisión perpetua se sustenta en criterios de prevención especial negativa la inocuización del ser humano, su segregación total del cuerpo social;

además de asentarse en claros fines preventivos generales negativos radicales, la ejemplarización para los demás en grado sumo, dichos fines son totalmente contrarios a los principios de resocialización de la pena –Art. 27 Cn– así como al principio de dignidad humana, por cuanto una prevención negativa de tal alcance, afecta el núcleo esencial de la persona al instrumentalizarla al grado de tratarla de objeto de futura expiación para los demás. Pero para que una pena sea perpetua, no es necesario que lleve ese epígrafe, tal criterio sólo estaría referido a una concepción formalista de la pena, de ahí que el criterio que debe examinarse es el criterio material, por el cual penas perpetuas son aquellas que por su larga duración, confinan de por vida –aunque expresamente no lo digan– a las personas en la prisión, estas también de manera larvada se sostienen en una culpabilidad de orden perpetuo, afrontando gravemente la dignidad humana. Las penas perpetuas expresas o tacitas –penas de amplio espectro– están proscritas por la Constitución, en el artículo 27 que dice “Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas...”; la prohibición de penas sempiternas, supone también un reconocimiento del principio de culpabilidad, por cuanto la culpabilidad, no se predica *peseula seculorum*, además en penas de largo alcance el principio de resocialización es una quimera, por cuanto pierde completamente su fines utilitarios, vaciándolo completamente de contenido, es decir alterando su núcleo esencial, y con ello afectando la esencia de la humanidad del ser humano, en cuanto dicha pena se torna inhumana, por cuanto ya no representa una restricción al derecho de libertad, sino su aniquilamiento, lo cual le está prohibido al Estado, por ello resulta también afectado el principio de proporcionalidad de las penas que en el derecho penal se sustenta en la prohibición de exceso, por lo cual el legislferante únicamente puede adoptar penas proporcionadas.

279

El alcance de una pena como la adoptada por la reforma, que es de setenta y cinco años de prisión, constituye una pena de amplio espectro en los términos aludidos, es decir es una pena desproporcionada; setenta y cinco años de prisión son desde la visión material de la pena, una prisión perpetua tacita, ello constituye un fraude a la Constitución que prohíbe tal especie de penas, con lo cual quedan conculcados, el principio de dignidad humana, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad, el principio de resocialización, la afectación de dichos principios constitucionales puede ser controlada de manera más inmediata por medio del control difuso de la constitucionalidad que impone el Art. 185 Cn.

2) Ahora conviene examinar el aspecto cualitativo de la pena, que es tan importante como la desimetría de la sanción penal. La cualificación de la sanción penal está también supeditada de manera estricta al principio de legalidad, por cuanto el régimen penitenciario, es la forma en la cual se restringen los derechos fundamentales del privado de libertad que cumple una pena de prisión; de ahí que en este ámbito es falaz la idea, de que impera la discrecionalidad –que raya en arbitrariedad– por ser un sector de

“naturaleza administrativa”, cuando es todo lo contrario la ejecución de la pena esta supeditada a la estricta legalidad (Monclús Masó, 2001:153) ; pero además se encuentra cubierta por los principios de dignidad humana, de proporcionalidad, en tal sentido, la pena en la forma en la cual se vaya a ejecutar, no debe alterar estos principios. En virtud de la protección de este aspecto de la pena, es que se prohíbe que las penas tengan un carácter infamantes o tormentoso, ello por que cualquier forma de ejecución de la pena que alcance estos niveles de manera similar, significara una pena cruel y por ende inhumana; la pena por si misma genera afflictividad en cuanto privación de derechos, este contenido afflictivo en tanto se mantenga en los límites de la razonabilidad, se vuelve consustancial a la pena y no se considera un trato cruel o inhumano.

Pero aquellas penas que generen un sufrimiento desmedido en la persona por fuera de la misma privación de libertad se constituyen en penas tormentosas o crueles, ambas de carácter inhumano. Es oportuno hacer notar que tanto el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos como la Convención América sobre Derechos Humanos prohíben penas crueles, inhumanas o degradantes. Así el artículo 7 del Pacto reza: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. El artículo 5.1 de la Convención estatuye que: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

280 El aislamiento es una forma de pena degradante, por que el hombre es un ser social, aislarlo humilla su condición de ser humano, la envilece, puesto que reduce al hombre a una situación de confinamiento a-social, restándole a su persona rasgos esenciales de su humanidad, pero además es una pena cruel, por cuanto la situación de reclusión solitaria, genera en la persona –por su misma condición de ser social– una mayor carga de afflictividad y de sufrimiento, es obvio que penas de esa especie son inhumanas. De hecho el aislamiento –fuera de su visión eclesial– se fundamenta en las teorías de la expiación y del escarmiento, por una parte se pretendía causar el máximo de dolor por el hecho cometido bajo el principio de la retorcación; pero además se tenia como finalidad una pena completamente ejemplarizante respecto de los demás que podían constatar, cual es el tratamiento que se da a los “delincuentes”. El aislamiento como forma de pena genera graves males psíquicos, por ello es que su prohibición a nivel de tratados se encuentra regulada en el ámbito de la integridad personal, la persona no solo debe ser indemne físicamente sino que también psíquicamente, aspecto que se ve afectado de manera sustancial mediante los sistemas de aislamiento; por ende se trata de una pena cruel, que al generar un sufrimiento –que no sólo es físico sino moral– desmedido se torna en una pena tormentosa, de ahí que la pena en aislamiento sea de carácter inhumano, puesto que atenta contra el principio de dignidad de la persona. Dichas penas entre nosotros además están proscritas de manera aún más especifica por cuanto El Salvador es suscriptor de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (ratificado el 2 de Febrero de 1994, publicado en el Diario

Oficial Número 127 Tomo 324 del 8 de junio de 1994) de la cual conviene transcribir lo siguiente: “Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención. Concientes de lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el sentido de que nadie debe ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Reafirmando que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos... Reiterando su propósito de consolidar en este continente las condiciones que permitan el reconocimiento y respeto de la dignidad inherente a la persona humana y aseguren el ejercicio pleno de sus libertades y derechos fundamentales. Han convenido en lo siguiente: Artículo. 1 Los Estados Partes se obligan a prevenir y sancionar la tortura en los términos de la presente convención. Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura, todo acto realizado intencionalmente por el cual se infrinjan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin”. (las bastardillas no son del original).

281

La dignidad de la persona humana, impide imponerle penas de carácter cruel e inhumanas, el aislamiento personal es una de las penas que más destacan estas características, es por ello, que la modificación al artículo en comento, en el sentido de insertar un régimen especial de pena consistente en el aislamiento, es una norma ostensiblemente violatoria del principio de dignidad humana y de los derechos de libertad e integridad corporal que reconoce la Constitución en los Arts. 1 y 2; esta forma de pena es notoriamente desproporcionada, por cuanto el aislamiento anula la finalidad de la pena que es la readaptación, con ello la medida de política penal es idónea; la necesidad del tal restricción para garantizar los bienes jurídicos, fin de la pena y del derecho penal es ineficaz, por cuanto la medida que se adopta es la más lesiva – prisión en la prisión– cuando la pena de prisión ya es una limitación suficiente; por último es una medida irrazonable, que afecta el núcleo esencial de los derechos de libertad e integridad corporal del justiciable. La norma del precepto es una norma incompleta por ello es que se integra con la remisión que hace a otra fuente normativa, lo cual se establece cuando dice: “En los casos previstos por la ley el cumplimiento de la pena será en una celda o pabellón especial de aislados...”. Ese reenvío encuentra su complemento en dos preceptos legales: 1) el artículo 103 de la Ley Penitenciaria que establece el cumplimiento de la pena de prisión cuando se imponga bajo un régimen especial de aislamiento; añadiendo otras restricciones a derechos y libertades de los reos, las cuales también afectan de manera palmaria principios, derechos y libertades

constitucionales, por lo que dicho artículo 103 que completa por reenvió el artículo 45 N° 1 CP también –en mi opinión– trasgrede la Constitución.

46

PENAS ACCESORIAS

Son penas accesorias:

1) La pena de inhabilitación absoluta, cuya duración será de seis meses a treinta y cinco años;

2) La pena de inhabilitación especial, cuya duración será de seis meses a treinta años;

3) La pena de expulsión del territorio nacional para los extranjeros; y,

282 4) La pena de privación del derecho de conducir vehículos de motor, cuya duración será de tres meses a seis años, en los casos especialmente determinados en la Ley.

5) La pena de terapia, será establecida como pena accesoria en los delitos relativos a la libertad sexual, previo examen pericial. (19)

No obstante, las penas de inhabilitación podrán ser impuestas como principales en los casos determinados por este Código.

El cumplimiento de las penas accesorias será simultáneo con el cumplimiento de la pena principal. (11)

Lo mismo que la institución de la privación de libertad es el eje fundamental del sistema de penas principales, la *privación de derechos* lo es del sistema de penas accesorias.

El último párrafo del precepto contiene una regla de ejecución que comporta el discurrir paralelo de las penas principales y de las accesorias, lo que significa también que el devenir de las primeras será determinante del devenir de las segundas.

Respecto a la problemática aparejada a la posible *con-vivencia de penas principales recogidas en el artículo anterior con penas de inhabilitación*, nos remitimos a los comentarios que hacemos al art. 71 sobre penalidad del concurso real.

CAPÍTULO II

DE LAS PENAS EN PARTICULAR

47

PRISIÓN

La pena de prisión es una limitación a la libertad ambulatoria de la persona, cuya magnitud dependerá del régimen de cumplimiento.

La pena de prisión se ejecutará de conformidad con la Ley Penitenciaria.

El precepto se limita a definir materialmente el contenido obvio más esencial de la pena de prisión, con una absoluta remisión a la norma que especialmente la regula: la Ley Penitenciaria (LP).

284

La *Ley Penitenciaria* establece una serie de *principios generales que informan la ejecución de la pena privativa de libertad*:

- a) El *fin de la pena* es el desarrollo del sujeto para su integración social (art. 2 LP).
- b) El *fin de la Institución penitenciaria* es triple: la custodia del interno, la readaptación social del condenado y la prevención de delitos -esto último sólo puede entenderse como modificación de conductas en quienes son susceptibles de cometerlos en el futuro- (art. 3 LP).
- c) La pena se ejecuta bajo el *principio de legalidad*, inspirada por un criterio de humanidad y bajo *control judicial* de la actividad de la Institución penitenciaria (arts. 4 a 6 LP).
- d) Se concibe una *ejecución progresiva* de la pena en la que el sujeto evolucione hacia el logro de la libertad dentro del propio marco de la Institución penitenciaria.

- e) La actuación de la Administración penitenciaria sobre el sujeto se concreta en el *tratamiento penitenciario*, concebido como conjunto de actividades terapéutico-asistenciales encaminadas a la reinserción social del condenado, dispensándose ese tratamiento desde la premisa de la libre aceptación del sujeto (arts. 124 y 126 LP).

No puede perderse de vista la genérica invocación de la *Constitución* en su *art. 27.III* a que los centros penitenciarios, lugares por excelencia para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, procurarán con ésta la corrección, educación y formación del delincuente y, en definitiva, su readaptación y la prevención de los delitos.

La referencia que se hace a que la magnitud de la limitación a la libertad ambulatoria dependa del régimen de cumplimiento surge de una *división de la estructura de la ejecución en varias fases* (de adaptación, ordinaria, de confianza y de semilibertad), en las cuales la progresión del interno hace que éste vaya avanzando en el logro de mayores cotas de libertad (arts. 95 a 104 LP) hasta eventualmente llegar a beneficiarse con la libertad condicional, situación en la que, aun manteniendo el sujeto un “status” penitenciario, materialmente desarrolla una vida en libertad, aunque eventualmente sometida al cumplimiento de ciertas condiciones.

285

48

CONVERSIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

DEROGADO. (6)

49

ARRESTO DE FIN DE SEMANA

La pena de arresto de fin de semana consiste en una limitación a la libertad ambulatoria por períodos correspondientes a los fines de semana.

Esta pena se cumplirá, por regla general los sábados y domingos, en establecimientos diferentes a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión.

Si el condenado incurriere en tres ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia Correspondiente, ordenará que la sentencia se ejecute ininterrumpidamente hasta el cumplimiento de la condena, computándose en tal caso, dos días de privación de libertad por cada fin de semana. De igual manera procederá el juez cuando la pena de arresto de fin de semana se hubiere impuesto como pena principal.

286 La pena tiene una regulación más desarrollada fuera del Código en la *Ley Penitenciaria* (arts. 59 a 61), donde curiosamente la incluye en el capítulo dedicado a la “ejecución de las penas no privativas de libertad”, siendo obvio que el arresto de fin de semana constituye en esencia una privación de libertad.

El Código establece un sistema de penas que trata de evitar las penas cortas de prisión por su función desocializadora y escasamente propicia para el tratamiento penitenciario, desarrollando un conjunto de alternativas entre las que las más trascendentes son la sustitución y suspensión de la pena, a las que acompaña la instauración de la pena de arresto de fin de semana como pena principal o como pena a la que puede llegarse por sustitución de las penas de prisión.

Es una auténtica *pena privativa de libertad* que se distingue de la prisión por su forma de ejecución discontinua, en la búsqueda de un equilibrio entre el castigo que supone la privación de libertad y la evitación de la antedicha desocialización.

El primer tema que aborda el Código es el de la *duración de la pena y el tiempo durante el que deberá ejecutarse*, mas ello es tema no exento de indefiniciones, toda vez que mientras el párrafo primero dice categóricamente que *la privación de libertad tendrá lugar durante los fines de semana*, es decir, los sábados y domingos, el párrafo segundo apostilla que ello es tan sólo una *regla general, susceptible por lo tanto de excepciones*.

En realidad, el desarrollo de la cuestión se deja enteramente al arbitrio judicial, que es el que habrá de moverse en tan parco marco legislativo, toda vez que el art. 59 de la Ley Penitenciaria le encomienda al Juez de Vigilancia, a través del Departamento de Prueba y Libertad Asistida, la fijación de los días y horas en que habrá de cumplirse la pena.

El parangón que se hace en el último párrafo del Código y el art. 61 de la Ley Penitenciaria entre el fin de semana y dos días de privación de libertad no debe llamar a engaño pretendiendo que tal sea la duración que haya de tener la pena en los casos ordinarios, sino que más bien *será el Juez el que, atendiendo a las circunstancias personales del sujeto y las materiales del lugar de cumplimiento determinará -como la ley le faculta- la hora de ingreso y la hora de salida*, estando únicamente limitado por la idea general de que tal ha de suceder en días distintos, con una duración total de la privación que supere el día y sin rebasar nunca el cómputo de dos días de privación de libertad.

Está claro que no es obligada la ejecución de la pena durante el fin de semana, si bien ello ha de ser la norma general. La pena en sí misma pretende *respetar el ámbito normal de socialización del sujeto* (laboral, familiar...) no interfiriéndose en el mismo, privándole únicamente de autodeterminarse durante un periodo como es el del fin de semana en el que se entiende que él libremente se organiza sin verse constreñido por otras obligaciones, fundamentalmente de índole laboral; siendo la realidad más extendida en la sociedad la de que tal sucede en los periodos de fin de semana, las particulares circunstancias del sujeto pueden hacer que ello acontezca en periodos distintos, siendo tales supuestos los que justifiquen la excepción judicial con arreglo a las premisas expuestas.

287

En cualquier caso, *la ejecución continuada de la pena tan sólo puede darse en aquellos supuestos expresamente previstos por la ley*, pues de lo contrario se desnaturalizaría la periódica privación de libertad no entorpecedora de la normal socialización del sujeto que la pena pretende. Por ello, de contrario, tampoco parece haber óbices para que se llegue a esa ejecución continuada cuando se trate de personas en las que precisamente no sea preciso adoptar esas cautelas, siendo elemento distorsionador (caso de sujetos que están cumpliendo otras penas con las que ésta se refunde) una ejecución periódica y no continuada.

En cuanto al *lugar de ejecución*, el Código sólo da una nota negativa que excluye de tal posibilidad a los Centros especialmente dedicados a la ejecución de las penas privativas de libertad, precisamente por su peyorativa connotación y la posibilidad de contaminación que tales Centros tendrían para un sujeto a quien se considera ajeno a las necesidades de actuación que afectan a los internados en Centros de tal índole.

La Ley Penitenciaria deja al *Jefe de Vigilancia*, a través del Departamento de Prueba y Libertad Asistida, el señalamiento del local de ejecución, previendo el art. 60 del texto la existencia de establecimientos especialmente adecuados a tales fines. La *indefinición* es absoluta y la situación especialmente problemática si se tiene en cuenta que los lugares llamados a la ejecución de esta pena, desde el presupuesto de la exclusión de los Centros penitenciarios, deben ser capaces de reunir un doble requisito: el *aseguramiento de la custodia* del sujeto y la posibilidad de *brindar al penado algún tipo de actividad educativa* en los términos a que hace referencia el art. 60 en su párrafo segundo de la Ley Penitenciaria, cuestión por otra parte harto problemática si se tiene en cuenta que las estancias del penado son sumamente cortas como para pensar en posibilidades serias de tratamiento o intervención, que además habrían de tener lugar en momentos especialmente complicados (por el hecho de tratarse de fines de semana) para disponer de los medios personales adecuados.

288

El hecho de que el último párrafo de este precepto hable de ausencias y de que el art. 61 de la Ley Penitenciaria hable también de ausencias injustificadas puede hacer pensar que los lugares previstos para la ejecución de la pena no tengan un sistema de seguridad estricto, sino que ello quede en cierta medida en manos de un sistema de confianza en el sujeto a quien se aplica este tipo de pena, cuestión harto problemática si se piensa que la pena puede perfectamente ser aplicada a delincuentes inidóneos a tales fines. La redacción del *último párrafo* del precepto puede llegar a resultar equívoca por su construcción gramatical, pudiendo llegarse incluso -trayendo a colación el último inciso- a la interpretación absurda de que el régimen general de ejecución del arresto de fin de semana sería el cumplimiento ininterrumpido cuando la pena sea impuesta como principal, es decir, no como sustitutoria de otra. Tal no puede pensarse pues significaría la desnaturalización legal de la misma, por lo que ha de concluirse que el último párrafo del precepto se refiere a la consecuencia del incumplimiento, tanto si la pena ha sido impuesta como principal como si lo ha sido como sustitutoria de otra; se ejecuta ininterrumpidamente el periodo que restare por cumplir, lo que excluye cualquier posibilidad de reconvertir la pena en aquélla que fue sustituida.

50

ARRESTO DOMICILIARIO

El arresto domiciliario obliga al condenado a permanecer en su residencia y a no salir de la misma, sin justa causa, por el tiempo de su duración.

En caso de incumplimiento del condenado, el juez de vigilancia correspondiente ordenará la ejecución del resto de la condena en el establecimiento penitenciario de su domicilio o que se encuentre cercano a éste.

Excepcionalmente, esta pena podrá cumplirse en el lugar que el juez de vigilancia correspondiente determine.

Se trata sin duda de una *pena privativa de libertad caracterizada por el especial régimen de cumplimiento*, que se desarrolla, por regla general, en el domicilio del condenado.

Se regula su ejecución en el *art. 62 de la Ley Penitenciaria*.

289

El principal comentario que puede hacerse se refiere a una *cierta indefinición en cuanto al lugar de cumplimiento*, a pesar de que tal figura en el propio nombre jurídico de la pena. En efecto, sin duda la regla general es que tal sea el propio *domicilio del condenado*, señalándose como extremo la ejecución en un *establecimiento penitenciario* al uso para el cumplimiento de las penas de prisión tan sólo para el caso de que el sujeto quebrante la pena, lo cual lo constituye la ausencia injustificada del lugar de cumplimiento, aunque en este caso el propio Código contiene una norma de indudable naturaleza penitenciaria al determinar imperativamente que el Centro de destino ha de ser el del lugar más próximo al domicilio del penado, caso de no existir establecimiento en el propio domicilio, norma que tiene su razón de ser sin duda en la persecución del mínimo rigor posible para una pena privativa de libertad a la que se considera menos onerosa que la prisión.

Resulta obvio que para el antedicho caso de incumplimiento el tiempo ejecutado será abonable al resto de la condena por cumplir, con el único problema a resolver sobre el *cómputo del día en que se constata el incumplimiento* por la injustificada ausencia del sujeto de su domicilio, toda vez que, hechas habitualmente las comprobaciones por las visitas que la Policía Nacional Civil puede ir realizando al domicilio del penado, puede una constatar la presencia del penado en su domicilio para comprobar la siguiente en

el mismo día su ausencia, produciéndose ya el incumplimiento. Nuestra propuesta es tener por no computable el arresto de ese día, toda vez que, de obrar en contrario, el sujeto ejecutado tendría en su mano el determinar caprichosamente la finalización de la ejecución de la pena una vez que se ha comprobado su presencia en el lugar del arresto en una visita anterior efectuada en el mismo día.

Entre los antedichos extremos (ejecución en el propio domicilio y ejecución en un establecimiento penitenciario), la Ley prevé con un carácter abierto que sea *el Juez de Vigilancia quien determine el lugar de cumplimiento*.

290

La cuestión debe ser abordada con la suficiente prudencia, toda vez que, de entrada, hay que tener en cuenta que tal lugar a determinar *no debe ser nunca un establecimiento penitenciario*, exclusivamente reservado para supuestos de incumplimiento de la pena y puede decirse que antagónico con la baja onerosidad que el legislador pretende para esta pena privativa de libertad. Por otra parte, la exclusión del domicilio como lugar de ejecución ha de suponer sin duda una excepción sólo justificable por la prevalencia de intereses superiores a los derechos del ejecutado en cuanto a la ejecución de la pena en sus propios términos; se nos ocurre como paradigmático el supuesto de que el condenado lo haya sido por hechos que hayan afectado a personas que con él convivan en el propio domicilio, situación que puede justificar la ejecución fuera del mismo a fin de evitar tensiones añadidas a tales personas, cuya posición como víctimas y titulares al tiempo del propio domicilio sí que puede considerarse como prevalente sobre los derechos del ejecutado.

Puestos a determinar esos alternativos lugares de cumplimiento, no se nos ocurre mejor opción que la de aquellos establecimientos que se estimen idóneos para la ejecución de las penas de arresto de fin de semana, sin perjuicio de que el carácter abierto del precepto pueda dar acogida a otros lugares que cumplan el requisito de brindar una cierta garantía de aseguramiento del sujeto en términos de onerosidad/comodidad asimilada a la del propio domicilio.

Como dispone el párrafo segundo del art. 62 de la Ley Penitenciaria, el *cómputo de la ejecución* tendrá por enteramente cumplido el primer día en que el sujeto se halle en su domicilio, cualquiera que sea la hora en que se constituya el arresto. En contrapartida, parece lógico que el término final del arresto llegue con el propio final del día en que termina la ejecución, sin que creamos que haya problema para admitir que, lo mismo que sucede con la ejecución de las penas de prisión en establecimientos penitenciarios, tal pueda adelantarse razonablemente unas horas, fundamentalmente en este caso en atención a razones de servicio de las Fuerzas de Policía Nacional Civil, encargadas del auxilio en la ejecución a la Autoridad Judicial.

51

MULTA Y SU CUANTIFICACIÓN

Con la pena de multa se obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero. La multa se cuantificará en días multa. El importe de cada día multa se fijará conforme a las condiciones personales, a la capacidad de pago y a la renta potencial del condenado al momento de la sentencia. El día multa importará como mínimo una tercera parte del menor salario mínimo diario vigente en el lugar al tiempo de la sentencia y como máximo cinco veces dicho salario.

La multa consiste en la detracción de una parte de la capacidad económica del sujeto en beneficio de la colectividad ofendida por el delito, representada a través del Estado.

La *fijación de su cuantía* responde sin duda a una pretensión de *adecuar el castigo a la realidad del sujeto*, tratando de evitar lo que durante tanto tiempo se ha venido reprochando a los Códigos penales en cuanto a este tipo de pena: un trato desigual que hacía en extremo onerosa la pena para ciertos sujetos y sin duda escasamente relevante -hasta casi hacer ineficaz la propia pena- para otros.

291

El *sistema de cuantificación* instaurado avanza en la idea de contemplar la *realidad económica del sujeto* como base para su fijación, si bien la necesidad de dotar a la propia pena de unos ámbitos de seguridad y determinación también obliga a moverse dentro de ciertos *límites* objetivos independientes de dicha potencialidad económica. Por abajo, la absoluta incapacidad económica del sujeto podrá llevar a que se excepcione la imposición de este tipo de pena (art. 54); por arriba, la cuota diaria tiene un tope máximo que dota de la necesaria seguridad a una institución de este tipo.

Se instaura así un *sistema de días multa* que surge de la teórica filosofía de detraer al sujeto una parte de su potencial económico diario como contenido oneroso del juicio de reproche afecto a la pena.

La fijación de la pena exige *dos determinaciones*: un número de días multa y, en segundo lugar, una cuantificación económica para cada uno de esos días multa.

No parece que deban ser los mismos criterios los que incidan en la cuantificación de cada uno de los extremos; el precepto sólo se refiere a que se tengan en cuenta las condiciones personales (sin duda referidas a sus posibilidades económicas atendiendo

sus ingresos y cargas), capacidad de pago y renta potencial del condenado para la *cuantificación del importe de cada día multa*, por lo que para la *cuantificación del número de días multa* habrá de acudirse a los criterios expuestos en el art. 63 del Código, que incide con carácter general en el desvalor del hecho y la culpabilidad del sujeto, con especificación de otros factores. Tal interpretación parece adecuada, no sólo por la literalidad de la norma sino porque la eventual conversión de la multa en trabajo de utilidad pública (art. 54 del Código) se mide en referencia a los días multa, base para la determinación de la extensión de la pena resultante *por mor* de la conversión y por ello de su gravedad.

Es importante hacer notar aquí que la propia naturaleza de la pena impone un cambio de consideración respecto a los criterios de fijación de las demás penas, ya que si las variables que se tienen en cuenta para la determinación de éstas se contemplan en relación al momento de la comisión del hecho delictivo, *la determinación de la cuantía de la cuota diaria se hace considerando el momento de la sentencia*, lo que desvincularía un tanto a la pena del hecho si no fuera porque, como antes se dijo, para la cuantificación del número de días sí se consideran factores relacionados con el momento de cometerse el hecho delictivo.

292 **NOTA DE ACTUALIZACIÓN.**

La multa es una sanción de carácter pecuniario restrictiva del patrimonio del justiciable, por lo cual es obligada pagar al Estado una determinada suma de dinero. Es importante que se haya mantenido el sistema de determinación de días multa, por que en tal sentido y respetando el principio de culpabilidad penal, la multa tiene que ser graduada entre el desvalor del injusto penal cometido y la culpabilidad del autor, resultando aquí relevante, la situación económica del justiciable para la desimetría de la pena de multa que habrá de imponerse, de ahí que la imposición de este tipo de penas no debe ser automática y deben valorarse las circunstancias personales del condenado para cuantificar adecuadamente la multa a imponer.

Una cuestión si debe advertirse, en relación a la determinación de la cuantía de la pena de multa, por cuanto —en mi opinión— infringe el principio de legalidad, en cuanto mandamiento de certeza y de irretroactividad de la ley penal. Es una verdad de perogrullo que las penas deben estar previamente establecidas al hecho cometido, no puede imponerse penas ulteriormente modificadas al cometimiento del delito, salvo que sean favorables. Cuando el principio de legalidad sujeta la imposición de la pena a la ley previa y cierta, lo hace respecto de la pena en toda su entidad configurativa y no sólo en algún, aspecto de la pena, de tal manera que toda la consecuencia jurídica del delito queda ceñida a la estricta legalidad, así dice el artículo 1 CP en lo pertinente: “ni podrá

ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido previamente”.

La determinación de la multa es incompleta, ello en virtud que aunque se ha predeterminado los mínimos y máximos de días multa en cuanto a su duración los que pueden oscilar entre cinco y trescientos sesenta días multa (45 N° 4 CP) y que a su vez se ha fijado un parámetro cuantitativo del día multa siendo el límite menor una tercera parte del salario mínimo y el máximo cinco veces la cantidad del salario mínimo; este parámetro sigue siendo incompleto, por que la cantidad de dinero que se fija para el día multa, según el salario mínimo, no este predeterminada por cuanto el precepto estableció que: “El día multa importará como mínimo una tercera parte del menor salario mínimo vigente en el lugar al tiempo de la sentencia ...” De ahí resulta que parte significativa de la pena como lo es la tasación de la cuantía en dinero por día-multa, queda supeditada a la vigencia del tiempo de la sentencia, y no del hecho cometido, de ahí que la pena se este configurando de manera no solo retroactiva, sino que incierta por cuanto no se es posible saber al momento del hecho, cual es la determinación del importe del día multa por que este se difiere hasta el momento en el cual se dicta la sentencia. Y a propósito de vulneración del principio de legalidad, este sistema esta admitiendo en materia de pena de multa, una norma penal en blanco al revés, mismas que están proscritas por el principio de ley escrita, que no sólo se refiere a la necesidad que la norma penal provenga de una ley, sino que dicha ley tiene que emanar del poder legislativo, y si bien es cierto que en la doctrina se admite la legitimidad de las normas penales en blanco, ello se hace con ciertos límites, dentro de los cuales, la cuestión de la conformación de la pena, es materia únicamente reservada al legisferante, sin que pueda colmarla el precepto referido, en este caso la determinación del día multa sería una competencia del organismo que fija el salario mínimo y como tal cuantía es parte esencial de la pena de multa, la configuración de la pena, la estaría realizando otro poder del estado, lo cual esta prohibido en materia de penas sin distinción de cualquiera de ellas, por lo que el régimen aludido debe ser revisado.

52

CONDICIONES DE PAGO E INCUMPLIMIENTO DE LA MULTA

La pena de multa se cancelará una vez que la condena esté en firme, en el tiempo y forma que el juez de vigilancia correspondiente determine, pudiendo fraccionarse el pago en cuotas semanales o mensuales.

Si el condenado no paga, el juez ordenará la ejecución de sus bienes hasta cubrir el importe o a falta de bienes suficientes, se estará a lo dispuesto en el artículo 54 de este Código.

El precepto se refiere a dos aspectos: la *forma de ejecución de la pena de multa* y las *consecuencias de su incumplimiento*.

294 Respecto a lo primero, se asienta la idea de que el sistema de cuantificación a través de días multa no pretende ser al tiempo un sistema de ejecución, es decir, que la pena haya de ser abonada con esa periodicidad ni, al contrario, necesariamente en un solo momento. Siendo ésta última sin duda la regla general a la que debe tenderse -el abono íntegro en un solo momento-, el Código tiene la pretensión de *acomodarse al máximo a las reales posibilidades económicas del condenado a través de un fraccionamiento del pago en periodos de tiempo* -semanales o mensuales- que se acomoden a la forma en la que él va disponiendo de medios económicos con los que afrontar el abono de la pena.

Reflejada aquí la regla general sobre la forma de cumplimiento, las distintas vicisitudes que pueda ir teniendo la capacidad económica del sujeto están suficientemente contempladas en cuanto a sus consecuencias en el artículo siguiente, al que nos remitimos.

Como en todas las penas, su *incumplimiento* tiene unas determinadas consecuencias, las cuales son aquí expuestas en el segundo párrafo del precepto en lo que atañe a la pena de multa.

Ese incumplimiento puede ser voluntario o involuntario en tanto que el sujeto tenga capacidad económica suficiente para afrontar el abono de la multa o carezca de ella. En el primer caso -*incumplimiento voluntario*-, *se procederá a sustituir la ejecución en metálico por una ejecución coercitiva sobre el patrimonio del condenado*, hallando en él metálico suficiente para hacer frente al abono de la multa o convirtiendo en metálico

los bienes de otra naturaleza que se hallaren; en el caso de *incumplimiento involuntario*, el Código se remite a lo dispuesto en el art. 54, donde se instaura una vía de sustitución de la pena de multa por otra de distinta naturaleza; obviamente esta segunda posibilidad se aplica a aquellos supuestos, que podríamos definir como mixtos, en que el sujeto condenado dispone de ciertos bienes sobre los que ejecutar la pena de multa, si bien los mismos no son suficientes para cubrirla en su integridad.

El Código quiere sin duda el cumplimiento de la pena en sus propios términos, si bien el Juez no deberá olvidar que en ocasiones los costes dimanantes del proceso de ejecución en relación con los reintegros que puedan obtenerse pueden hacer inadecuado el seguir esta vía, resultando más pragmático acudir directamente a la vía de la sustitución prevista.

Debe tenerse en cuenta que el *sistema procesal y penitenciario* salvadoreño contempla una dualidad que afecta no sólo a ésta, sino a todas las penas en general, ya que mientras el art. 441 del Código Procesal Penal señala como regla general la ejecución de las resoluciones judiciales por el juez o tribunal que las dictó, se encomiendan también competencias en esta materia al *Juez de Vigilancia*, a quien, en concreto, en lo que atañe a la pena de multa, el art. 67 de la Ley Penitenciaria encarga el control del incumplimiento de la misma, con remisión a las reglas establecidas en el Código Penal. Como se ve en este caso concreto la dicción de los invocados preceptos no es tan clara como pudiera parecer, toda vez que las funciones expresamente encomendadas al Juez de Vigilancia por el Código Penal sobrepasan con mucho un indefinido “control del incumplimiento”, ya que en el primer párrafo del art. 52 lo que se le encomienda es una auténtica definición del cumplimiento (el tiempo y forma del pago), siendo sin duda una función de redefinición de dicho cumplimiento la que recoge el primer párrafo del art. 53 ante la eventual disminución de la capacidad de pago del ejecutado.

295

El segundo párrafo del art. 52, que, como se vio, trata la *ejecución subsidiaria de la pena*, habla únicamente de “el juez” como encargado de la misma. No está claro si se trata del Juez de Vigilancia, a quien se ha referido en el párrafo anterior, o del “juez de la causa”, a quien de forma tan específica se refiere en el art. 54; el supuesto que contempla este párrafo segundo del art. 52 es sin duda un caso de incumplimiento, lo que obliga a pensar si ello se incluye en ese “control del incumplimiento” al que hacía referencia el art. 67 de la Ley Penitenciaria para definir de forma genérica la función a desarrollar por el Juez de Vigilancia.

Por otra parte, tan específica regulación tiene que ser puesta en relación con la más genérica comprendida en el art. 35 de la Ley Penitenciaria cuando encomienda a los Jueces de Vigilancia la vigilancia y garantía del estricto cumplimiento de las normas

reguladoras de la ejecución y el art. 37.14), que concreta la función de control del cumplimiento de las sanciones penales reguladas en el Código Penal que no impliquen privación de libertad.

A pesar de que la cuestión no esté en absoluto clara y posiblemente puedan ser razonadas soluciones antagónicas, es nuestro criterio que en un sistema como el salvadoreño que pretende que la ejecución de la pena sea una función especializada de un órgano jurisdiccional concreto como es el Juez de Vigilancia, el auténtico control de la ejecución, sin duda sujeto a múltiples vicisitudes y variaciones, sólo puede llevarse a cabo si de una forma integrada es dicho juez quien se encarga de las actuaciones correspondientes a la ejecución subsidiaria prevista en el segundo párrafo del art. 52. En ello abundaría una interpretación de la ley en sus propios términos, toda vez que tanto en el art. 52 como en el art. 53 se habla en el primer párrafo del Juez de Vigilancia y en el segundo del juez, como si ello fuera una mera remisión a lo anterior tratando de obviar la reiteración de términos, mientras que es el art. 54 en su primer párrafo el que de forma tan específica se refiere al juez de la causa cuando le asigna una función concreta.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

296

Lo mas importante de este comentario radicaría, en el impago absoluto de la pena de multa, que se rige conforme a los parámetros de incumplimiento del artículo 54 CP hacia el cual se reenvía de manera subsidiaria, la situación de impago para homologarla, al de la incapacidad de pago, ésta última tiene como consecuencia ante la no capacidad para pagar los días multa por el justiciable, la imposición de trabajo de utilidad pública. En atención a ello debe de señalarse lo siguiente: a) que ante el no pago de la pena de multa, la primera solución es la ejecución de los bienes del justiciable, de encontrarse bienes estos deben ser ejecutados a favor del Estado con las limitaciones que la ley establece; b) la situación problemática surge si no se encuentran bienes suficientes que cubran la cuantía de la multa, puesto que en este caso se reenvía a la solución que brinda el artículo 54 que es la sustitución de la multa por trabajo de utilidad pública; c) una primera cuestión esta referida a la cuantificación de la conversión de los días multa a las jornadas de trabajo de utilidad pública en cuanto a su dosimetría, por cuanto en este caso la pena de multa ya esta determinada en su cuantía en atención al desvalor del hecho y a la culpabilidad, pero referida a la especie de pena de la multa y no al trabajo de utilidad pública; d) el punto medular esta referido a las consecuencias del incumplimiento del trabajo de utilidad pública, puesto que de incumplirse este tipo de pena, se deriva la privación de libertad del justiciable, es decir la pena se vuelve privativa de libertad; e) la transferencia de pena de trabajo de utilidad pública a pena privativa de libertad, obedece de manera decisiva a la potestad de reemplazo de penas de prisión

por las de trabajo de utilidad pública conforme lo determina el artículo 74 CP de ahí que el incumplimiento de las labores de utilidad social, articulen nuevamente la pena precedente, sin embargo esta regla por decisión del legisferante, es aplicable cuando la pena de prestación de trabajo sea impuesta como principal. De ahí que entre pena privativa de libertad y prestación de trabajo exista una relación directa de transferencia; f) pero la cuestión es diferente con la multa, por que no media una relación directa entre multa y pena privativa de libertad, es más ante el incumplimiento de la multa, la opción es ejecutar los bienes del justiciable; sin embargo al asociarle como última consecuencia ante la imposibilidad de todo cumplimiento, la derivación a la prestación de trabajo, también se conecta la situación propia del incumplimiento de las jornadas de trabajo público, cuya consecuencia es la ejecución de la pena en la modalidad de privación de libertad; g) ante esa situación debe estimarse si ante el impago absoluto de la multa y su derivación a un trabajo de utilidad pública y ante el incumplimiento del mismo, la imposición de penas privativas de libertad sería compatible con la garantía que prohíbe la prisión por deudas, por cuanto a la base de la pena privativa de libertad esta un impago de una multa, la solución jurisprudencial ha sido distinta mientras que España el impago de multa se ha considerado Constitucional en Costa Rica tal situación se ha entendido trasgresora de la garantía que prohíbe la prisión por deudas: h) el punto es interesante y escapa a la dimensión del comentario, debido no a la toma de postura, sino a lo amplio de la fundamentación, por lo que para tratar de prevenir estas cuestiones debe cumplirse el precepto del artículo 54 CP en el cual solamente la persona que tenga la capacidad para pagar una multa debe ser condenada a la misma; y en caso de condena debe estimarse la proporcionalidad de la misma en lo relativo a su cuantía para que después no se susciten casos de incumplimiento, por ello cuando se trate de delitos vinculados a este tipo de penas, la investigación del fiscal debe cubrir estas áreas para justificar o no la necesidad de la pena de multa y su cuantificación. Por último –sin que ello signifique *per se* tomar partida– si estimase conforme con la Constitución la procedencia de la cláusula de transferencia de último cumplimiento del Art. 54 CP a una pena privativa de libertad, debe utilizarse la menos lesiva, no necesariamente tiene que ser pena de prisión.

53

REDUCCIÓN Y APLAZAMIENTO DE LA MULTA

Cuando el condenado disminuya su capacidad de pago o su renta potencial, sin intención, el juez de vigilancia correspondiente podrá reducir el monto del día multa fijado en la sentencia.

Asimismo el juez, aún después de la sentencia, aplazará la ejecución de la pena de multa, fijando un plazo racional o determinando su pago por cuotas o reduciendo su monto, cuando aparezca que su cumplimiento inmediato resulta imposible para el condenado.

298

La especial naturaleza de la pena lleva a que su determinación, que se hace en la sentencia, pueda variar en el curso del tiempo por haberlo hecho las posibilidades económicas del condenado al pago, si bien sólo se contempla una variación en el sentido de hacer menos grave la pena o menos oneroso su régimen de cumplimiento y nunca la posibilidad de que el sujeto mejore de fortuna respecto al momento de la sentencia y, paralelamente, la cuantía de la pena se eleve.

La razón de ser del precepto tiene su fundamento en procurar que la pena se ejecute en sus propios términos, amoldándose en cada momento a las circunstancias que mejor posibiliten esa ejecución y, por otra parte, hacer que la pena, en el caso de una prolongada ejecución en el tiempo, incida siempre de forma igual sobre el condenado, al menos en el sentido de no acrecentar su onerosidad cuando sus circunstancias económicas sean menos capaces de soportar el efecto de la pena, sobre todo si se tiene en cuenta que la misma afecta a la esfera vital y social de la persona y de quienes están a su cargo.

Frente a la *regla general* que, como antes se dijo, debe ser el *cumplimiento íntegro e inmediato de la pena de multa impuesta*, el precepto, como excepción, concreta el tiempo y forma y el eventual fraccionamiento a que hacía referencia el artículo anterior y refleja un concepto dinámico sobre la ejecución de la pena, lo cual se traduce en las siguientes posibilidades:

- A) La *reducción de la cuantía de la multa*, cuando por causas ajenas a la intención del condenado disminuya, bien su nivel de rentas, bien su disponibilidad sobre las mismas, lo que se resume en la capacidad

económica del sujeto para asumir la carga que la multa supone, situación a la que se llegará por tener menos dinero o por estar gravada su disponibilidad económica por otras obligaciones surgidas en el curso de la ejecución y que el Juez de Vigilancia, órgano llamado a la determinación de este extremo, considere lo suficientemente respetables y prioritarias como para hacer decaer el derecho del Estado a la inmediata ejecución de la pena.

- B) *Dilatar el inicio de la ejecución* cuando de forma prioritaria se entienda que durante un cierto periodo de tiempo el patrimonio del condenado debe asumir otras obligaciones que se estiman preferentes a la ejecución de la multa.
- C) *Determinar cuotas semanales o mensuales para el pago*, acomodándose a la periodicidad con que el condenado dispone de líquido suficiente para hacer frente al pago de la multa.
- D) *Disminuir el importe de las cuotas previamente fijadas*, cuando las primeramente señaladas devengan inadecuadas en su cuantía por el cambio de las circunstancias económicas del sujeto.

Las amplias posibilidades de adaptar la naturaleza y ritmo de la ejecución a la realidad del condenado sirven para hacer dos apostillas:

299

El principio de conservación de la pena impuesta en la sentencia en sus propios términos debe invitar a hacer un uso racional y flexible de las amplias posibilidades concedidas al Juez de la ejecución para que la pena impuesta sea en efecto ejecutada, teniendo además en cuenta que la subsidiaria ejecución sobre el patrimonio del condenado supone un coste en la tramitación de procedimientos tanto en onerosidad como en incertidumbre.

Por otra parte, habrá que estar siempre atento a que el hecho de surgir importantes deterioros de la capacidad económica del sujeto puede llevar a situaciones tan críticas en que la dilación de la ejecución se prolongue de forma tan indeterminada o incierta que corra auténticamente peligro el control de la misma, con lo que el hecho de que se pierda la capacidad de pago debe invitar sin más a la utilización de la vía de la sustitución preconizada en el siguiente precepto.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Lo único que debe abonarse es que la consideración de la reducción de la pena multa o su aplazamiento, están cimentados en el principio de proporcionalidad, de ahí que

cuando la capacidad de pago inicialmente considerada como uno de los aspectos de determinación de la pena se encuentren modificados por el entorno del acusado cuando esta variación no sea imputable a una voluntad de impago, la pena de multa puede ser ajustada en los términos expuestos, de más esta decir, que este tipo de alternativas, en una opción de derecho penal de *última ratio* por lo que debe ser agotada siempre antes que el reemplazo hacia otra especie de pena.

54

INCAPACIDAD DE PAGO

Cuando el condenado no tenga capacidad de pago, el juez de la causa no impondrá pena de multa cuando esté prevista como pena única o alternativa con prisión, reemplazándola en ambos casos con trabajo de utilidad pública, a razón de dos horas de trabajo por cada día multa.

En cualquier momento en que el condenado pague lo que le reste cumplir de la pena, cesará el trabajo de utilidad pública.

300

El legislador contempla el absurdo que supondría imponer una pena a quien en el momento de dictar sentencia se sabe sin capacidad para cumplirla, por lo que *propugna imperativamente su sustitución desde el primer momento*, convirtiéndola en trabajo de utilidad pública, según el sistema de cómputo que el precepto expone: dos horas de trabajo por cada día de multa.

Si al comentar el art. 51 hacíamos referencia a que el número de días de multa se determinará sopesando los factores previstos en el art. 63 del Código, este precepto viene a confirmar dicha interpretación, toda vez que, al contrario de lo que sucede con la determinación de la cuota diaria, no se tiene para ello en cuenta la capacidad económica del sujeto, que precisamente en este supuesto de necesaria sustitución, es inexistente; por eso, *el juez de la causa deberá hacer una primera valoración del número de días multa que impondría* teniendo en cuenta tales criterios, haciendo en ese momento abstracción de la incapacidad económica del sujeto, y plasmando finalmente en la sentencia la pena de trabajo de utilidad pública ya cuantificada conforme a las reglas expuestas.

Debe tenerse en cuenta que *la sustitución expuesta no es posible cuando la pena de multa es contemplada en el tipo penal junto con una pena de prisión*, al excluirlo

expresamente el primer párrafo del artículo, que restringe la sustitución a aquellos casos en que la pena de multa, bien está prevista como pena única, bien como alternativa a la de prisión. La razón de ser es sin duda la práctica imposibilidad de ejecutar una pena de trabajo de utilidad pública sobre quien va a ser sometido a la ejecución de una pena de prisión, lo que debe ponerse en relación con lo que dispone el art. 76 del Código respecto a la sustitución de la pena de prisión en aquellos casos en que ésta se impone conjuntamente con la de multa.

El segundo párrafo del artículo acrecienta el sentido de subsidiariedad que tiene la ejecución de la pena de trabajo de utilidad pública respecto a la pena de multa señalada como tal en el tipo penal, al *preverse que cese la ejecución de la primera si el sujeto toma la iniciativa de pagar la multa*, momento en que, atendiendo a la antedicha regla de conversión, se traducirá en multa el periodo de trabajo que reste por cumplir.

No contempla el supuesto el caso de que sea el órgano judicial el que considere una mejora de la capacidad económica del sujeto y decida la transformación de la pena, sino que el condenado, por la causa que sea, es quien tiene en su mano la posibilidad de extinguir la pena en ejecución a través del pago de la multa. La excepcionalidad de esta posibilidad e indudables cuestiones de índole práctica deben llevar a la conclusión de que, aceptado el cambio, la pena de multa se ejecute en su integridad en un solo momento, ya que introducirse en un nuevo camino de cuotas y periodos supondría sin duda una nociva incidencia sobre las posibilidades de una ordenada y eficaz ejecución, sin descartarse el que se pueda llegar a un auténtico estado de inexecución de pena alguna o propiciarse el fraude.

301

Se contempla con este precepto el *sistema de sustitución de la pena de multa*, lo que, en síntesis, puede suceder:

- Desde el momento mismo de irse a dictar sentencia, según los criterios establecidos en este art. 54.
- Una vez impuesta, si deviene imposible su ejecución por insuficiencia de patrimonio en el condenado, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 52.

55

PRESTACIÓN DE TRABAJO DE UTILIDAD PÚBLICA

La pena de prestación de trabajo de utilidad pública obliga al condenado a prestar jornadas semanales de trabajo, que comprenden períodos entre ocho y dieciséis horas semanales en los lugares y horarios que determine el juez de vigilancia correspondiente, en establecimientos públicos o privados de utilidad social y con control de las autoridades de los mismos, de forma que no resulte infamante para el condenado, no lesione su propia estima, ni perturbe su actividad laboral normal y sea adecuado a su capacidad.

302 El artículo refiere cuál es el *contenido de la pena*. Frente a la tónica general de todas las penas, que suponen una restricción o una privación, ésta tiene básicamente un contenido positivo en cuanto entraña una entrega o una contribución de algo tan esencial al sujeto como es su propia actividad en beneficio de intereses colectivos, siendo cierto que también la pena tiene un componente de privación o restricción en cuanto priva al condenado de autodeterminar el uso de parte de su tiempo, que ha de dedicar a tareas incardinadas en el contenido del cumplimiento de la pena.

Esa naturaleza positiva de la pena, el tipo de conductas para las que está prevista, así como el tipo de sujeto al que se considera susceptible de su imposición delimitan muy claramente un ámbito en el que sin lugar a dudas *la coerción pasa a ocupar un segundo lugar*, ya que bajo ese postulado sería difícil que se desarrollase adecuadamente la actividad prestacional o que incluso los ámbitos donde se desarrolle ese trabajo pudieran soportar las actitudes de una persona que no asume en absoluto la actividad que está realizando. Tales premisas deben servir para seleccionar con cautela tanto las ocasiones como las personas sobre las que aplicar esta pena, allí donde ello sea susceptible de elección y no impuesto imperativamente por la ley al órgano jurisdiccional.

Aunque la enunciación de la pena contiene el término “trabajo”, difícilmente puede considerarse esta actividad como tal. Desde la premisa de que el *art. 9 de la Constitución* establece que “nadie puede ser obligado a realizar trabajos o prestar servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo en los casos de calamidad pública y en los demás señalados por la ley”, éste sería sin duda uno de esos supuestos para los que la Constitución ha reservado la posibilidad de que sea la ley la que señale la realización de una actividad que adolece de falta de retribución y de falta de consentimiento por parte del sujeto llamado a su prestación.

Resulta obvio que, puestos a buscar cuál sea el contenido positivo de las *actividades que pueden ser consideradas como idóneas* para integrar la pena, resulta más fácil hacerlo a partir de las notas negativas que da el Código que de las positivas, toda vez que dentro de éstas últimas apenas el apelativo de que la actividad sea de “utilidad pública” es la única característica definitoria que puede encontrarse, lo cual ciertamente no es decir mucho, ya que se trata de un concepto indeterminado, desmesuradamente amplio y sin duda susceptible de encuadrar muchas actividades que, vistas las notas negativas a las que ahora nos referiremos, no serían válidas para figurar como eventual contenido de la pena.

Dentro de las anunciadas *notas negativas que definen la actividad a desarrollar*, el legislador tampoco ha utilizado conceptos inequívocamente definidos, con lo cual implica que finalmente cualquier actividad propuesta ha de ser en realidad susceptible de una amplia *valoración que finalmente corresponde al Juez de Vigilancia como depositario del juicio de idoneidad*, mas si ciertamente los conceptos aislados que se utilizan pueden parecer difusos, puestos en relación entre sí permiten una idea más clara del tipo de actividad que pueda tenerse como idónea para integrar el contenido de la pena; en efecto, la suma de factores como *la adecuación a la capacidad del condenado* (el art. 56.1] de la Ley Penitenciaria habla en concreto de aptitudes, profesión, oficio, edad y estado de salud del condenado) y *la coordinación con su actividad laboral normal, que no ha de perturbar*, son sin duda aspectos materiales que contribuyen a delimitar de forma bastante objetiva qué actividades son aptas y cuáles no para imponer su realización al sujeto, con lo que, salvado lo anterior, respetar los límites de *evitar un significado infamante y no lesivo de la propia estima del condenado*, debe resultar tarea más sencilla, aunque respecto a esto último el Juez llamado a valorar la adecuación de la actividad debe obrar desde criterios sociales comúnmente asumidos, evitando que tales limitaciones sean presa del puro e inmotivado subjetivismo del condenado, que, desde consideraciones irracionales y fuera de tales pautas sociales, podría poner trabas irresolubles a la realización de la actividad designada como contenido de su pena; por lo tanto, aunque el sentido de lo infamante o el alcance de la propia estima son en cierta medida conceptos patrimoniales de la persona, debe el Juez buscar fuera de la misma, en pautas culturales y sociales comunes, para elaborar un correcto juicio de valor.

303

Aunque resultará sin duda difícil concretar un catálogo de posibilidades aptas para dar acogida al cumplimiento de este tipo de penas, más en una sociedad donde desgraciadamente el trabajo no es un bien abundante ni excedente, son las *actividades de solidaridad social y aquéllas que muchas veces son objeto de intervención del movimiento que se conoce como “voluntariado”* las que mejor podrán acoger el cumplimiento de este tipo de penas, tanto porque su naturaleza es de indudable utilidad

social, como porque respecto a ellas difícilmente podrá alegarse que choquen con las notas que negativamente definen el contenido de la pena, como porque precisamente es en estos ámbitos donde habitualmente se comparte la idea de que todas las ayudas son pocas.

Como aportación al principio de seguridad jurídica, desde la antedicha premisa genérica de que la actividad a desarrollar no perturbe la normal actividad laboral del condenado, el Código expone unos criterios indicativos para fijar el *tiempo de la prestación*, que se establece a partir de lo que el art. 45.5) del Código y éste mismo denominan como *jornada semanal*, que habrá de comprender un mínimo de ocho y un máximo de dieciséis horas semanales, siendo el Juez de Vigilancia quien, desde las premisas antedichas, establezca los lugares y horarios para la realización de la actividad.

304

El control de la ejecución de la pena corresponde por tanto al Juez de Vigilancia, a quien se subordina la autoridad o director del establecimiento público o privado donde se esté cumpliendo la pena, quien obviamente ejerce una innegable potestad de dirección y control sobre el condenado (el art. 58 de la Ley Penitenciaria obliga a informar mensualmente de la actividad del condenado al Departamento de Prueba y Libertad Asistida), ya que el mismo se integra en una estructura previamente existente y bajo la responsabilidad de personal no penitenciario ni judicial, a quien debe subordinar su actuación durante el desarrollo de la actividad, sin perjuicio de una superior supervisión judicial que, en cualquier caso, no debe olvidar que el condenado se introduce en una institución que no necesariamente está pensada para dar acogida al cumplimiento de penas, sino para la prestación de servicios o la realización de actividades de utilidad social, por lo que el imperio judicial debe ser extremadamente cuidadoso con no trastocar un orden establecido y subordinado generalmente a otras estructuras jerárquicas, lo que hace que la intervención judicial se limite a velar por la adecuada ubicación del sujeto en el entorno de la prestación y su desarrollo dentro de las pautas legales específicas.

El control de la ejecución tiene más pormenorizado desarrollo en la *Ley Penitenciaria*, la cual dedica a la ejecución de esta pena los arts. 55 a 58, pudiendo sistematizarse la regulación de la materia de la siguiente forma:

1º) Corresponde la función de ejecución de esta pena al Juez de Vigilancia, quien actúa a través del Departamento de Prueba y Libertad Asistida (art. 56).

2º) Sus funciones esenciales son (art. 56):

- La definición de la actividad a desarrollar.

- La especificación del lugar y tiempo de la prestación.

3º) Se establece una concepción dinámica sobre el desarrollo de la ejecución de la pena, que el Juez podrá variar en atención a las condiciones personales del condenado o las características de la actividad o lugar de cumplimiento de la pena (arts. 55, 56.3] y 57).

56

INCUMPLIMIENTO DEL TRABAJO DE UTILIDAD PÚBLICA

Si el condenado incurre en tres ausencias no justificadas al trabajo, el juez de vigilancia correspondiente, ordenará que la sentencia se ejecute ininterrumpidamente hasta el cumplimiento de la condena, computándose en tal caso, dos días de privación de libertad por jornada semanal de trabajo cumplida. De igual manera procederá el juez cuando la pena de trabajo de utilidad pública se hubiere impuesto como pena principal.

305

El precepto, que expresa su eficacia tanto cuando la pena se ha impuesto como principal como cuando se ha impuesto por vía de sustitución, debe ponerse en relación con el *art. 58 de la Ley Penitenciaria*.

Se entiende como *incumplimiento de la pena* la ausencia no justificada al trabajo en tres ocasiones. La forma en que se redacta el segundo párrafo del art. 58 resulta más descriptiva sobre qué haya de entenderse por ausencia, ya que, en principio, cabría plantearse si el concepto se está refiriendo al hecho de no acudir al lugar de trabajo o si basta abandonar indebidamente el mismo una vez que se ha acudido; la expresión que hace referencia a que el condenado se ausente injustificadamente del lugar permite, a nuestro criterio, una concepción más amplia y sin duda lógica, ya que sólo se entenderá por cabal cumplimiento de la pena el íntegro respeto a la misma, definido a partir de las horas y jornadas semanales que la componen: la injustificada ausencia en tres ocasiones será premisa del incumplimiento.

La *consecuencia del incumplimiento* es la modificación de la naturaleza de la pena, que pasa a *convertirse en una pena privativa de libertad mediante el internamiento del condenado en establecimiento penitenciario*, si bien en este caso, como ocurre con el arresto de fin de semana (art. 61 de la Ley Penitenciaria), por el carácter menos oneroso

que para la pena se pretende y el menor desvalor que se tiene hacia la persona del delincuente, a fin de paliar en lo posible el efecto desocializador de la pena, se establece que el lugar de cumplimiento sea el establecimiento más próximo a su domicilio.

La *regla de conversión* entre la pena de trabajo de utilidad pública y la pena de prisión a ejecutar comporta que cada unidad de la primera, es decir, cada jornada semanal de trabajo, equivalga a dos días de prisión. La fórmula, ciertamente rebuscada, que emplean el Código y la Ley Penitenciaria cuando se refieren a la equivalencia entre dos días de prisión y una “jornada semanal de trabajo cumplida” puede plantear algunas dudas interpretativas a la hora de establecer cuántos días de prisión deben ejecutarse sobre el condenado que ha incumplido esta pena. Hubiera sido más fácil entender que el Código hablara de dos días de privación de libertad por cada jornada de trabajo “incumplida”, lo que haría sencillo y lógico el cómputo de lo pendiente, mas es justamente lo contrario lo que el texto dice -“dos días de privación de libertad por cada jornada de trabajo cumplida”-, lo que nos lleva a interpretar que lo que ha de hacerse es convertir primero la pena prestacional a días de privación de libertad (una pena de treinta jornadas semanales equivaldría a sesenta días de privación de libertad), para convertir después con ese criterio en días de privación de libertad las jornadas semanales pendientes, una vez producida la tercera ausencia injustificada, siendo lo resultante la pena privativa de libertad a ejecutar (si la tercera ausencia se produce durante la jornada semanal número dieciocho de una pena de treinta, quedarían doce jornadas pendientes, equivalentes a veinticuatro días de privación de libertad a ejecutar).

306

Otra interpretación posible sería que, producido el incumplimiento en los términos legales, la pena se convertiría en la privativa de libertad correspondiente (una pena prestacional de treinta jornadas semanales equivaldría a sesenta días de privación de libertad); puestos a la ejecución de la privación de libertad, al condenado se le tendrían por cumplidos únicamente los días de privación de libertad correspondientes a las jornadas semanales cumplidas a satisfacción, por lo que no se contarían a tales fines aquéllas en las que se produjeron las ausencias injustificadas (imaginando, por ejemplo, que las ausencias se produjeron en jornadas semanales distintas, en el ejemplo expuesto en el párrafo anterior, el sujeto que incumple en la jornada dieciocho en realidad sólo ha cumplido a satisfacción quince jornadas, por lo que le restarían otras quince, equivalentes a treinta días de privación de libertad). En favor de esta interpretación podría abundar lo dispuesto en el art. 57, que viene a establecer un teórico parangón entre privación de libertad durante una semana y la jornada semanal de trabajo que se ha visto cumplida a satisfacción, pero no creemos que ello sea lo suficientemente categórico como para despejar las dudas que entraña la susodicha redacción.

Una tercera interpretación que proponemos entendemos que integra adecuadamente este precepto y el siguiente, si no, muy difícil de explicar. Es la siguiente:

Teniendo en cuenta que el trabajo de utilidad pública es pena a la que puede llegarse por sustitución de la pena de prisión, es preciso establecer un parangón entre ésta y la misma en el caso de que se haya ejecutado en parte una pena de aquella índole y sea preciso relacionar ésta con la pena de prisión.

El art. 76 establece que cuatro jornadas semanales de trabajo equivalen a un mes de prisión, lo que crea el modelo teórico de que un mes se compone de cuatro semanas y hay una equivalencia entre la semana de un mes y la jornada semanal de trabajo. En el caso de que una persona hubiera cumplido sólo parcialmente la ejecución de una pena de prestación de trabajo de utilidad pública, habría que establecer un sistema de cómputo distinto para el periodo correctamente ejecutado (en los términos del primer inciso del art. 57) y para el periodo no ejecutado en cuanto a su conversión en prisión.

El periodo correctamente ejecutado hace que una jornada semanal de trabajo equivalga a una semana de privación de libertad y, trayendo a colación el art. 76, cuatro a un mes.

El periodo pendiente de ejecutar es lo que se regula en el art. 56, aunque la única interpretación lógica es la de pensar que cuando el precepto se refiere a dos días de privación de libertad por jornada semanal de trabajo “cumplida”, ello se trate de un defecto técnico y quiera decir en realidad jornada de trabajo “incumplida”. De ahí que las jornadas de trabajo incumplidas se conviertan en prisión a razón de dos días por cada una de ellas. De lo contrario, habría una clara contradicción entre este precepto y el siguiente, para el que cada jornada de trabajo cumplida equivale a siete días de privación de libertad, es decir, una semana.

Un ejemplo resultará sumamente gráfico de lo que creemos es la interpretación más razonable del sistema. Pensemos en una pena de prisión de un año que se convierte en trabajo de utilidad pública:

- Un año de prisión, por aplicación del art. 75, se convierte en 48 jornadas semanales de trabajo (un año tiene doce meses y cada uno de estos equivale a cuatro jornadas semanales).
- El sujeto lleva a cabo su tercer incumplimiento en la jornada semanal número veinte, por lo que ha de entrar en aplicación el art. 56 y ejecutarse un periodo ininterrumpido de privación de libertad.

- En ese momento su saldo de cumplimiento sería el siguiente:
 - a) Ha cumplido correctamente diecisiete jornadas semanales de trabajo.
 - b) Tiene pendientes de cumplir treinta y una jornadas semanales de trabajo, que son las que tienen que convertirse en privación de libertad ininterrumpida.
- Conforme a la regla establecida en el art. 56, el sujeto tiene que ser sometido a una privación de libertad ininterrumpida durante sesenta y dos días (treinta y una jornadas semanales a razón de dos días por jornada).

Aun asumiendo los óbices que se puedan poner a esta interpretación, que incluso, presupone la existencia de un error de redacción en el art. 56, creemos que es la que lleva a una integración racional de la norma y del art. 57.

57

308

CÓMPUTO DE LA PENA

Para efectos del cumplimiento de la pena y en tanto el beneficiado cumpla estrictamente con las obligaciones impuestas por el juez de vigilancia correspondiente, cada jornada semanal de trabajo se computará como si hubiese estado detenido durante todos los días de la semana.

Nos remitimos a lo que hemos expuesto en el artículo precedente en lo que atañe a la “regla de conversión”, donde razonamos el alcance que debe darse a este precepto en relación con el anterior. Este precepto no hace más que fijar el parangón de la pena correctamente cumplida con la pena de prisión.

58

INHABILITACIÓN ABSOLUTA

La pena de inhabilitación absoluta comprende:

- 1) La pérdida de los derechos de ciudadano;**
- 2) La pérdida del cargo, comisión, contrato o empleo público que ejerza el condenado, aunque fuere de elección popular;**
- 3) La incapacidad para obtener toda clase de cargos o empleos públicos;**
- 4) La pérdida de la calidad de salvadoreño naturalizado; y,**
- 5) La incapacidad para recibir distinciones honoríficas y pérdida de las ya recibidas.**

Tiene sin duda la pena una naturaleza infamante, estando fundada en la idea de que el condenado a determinada pena o por determinado delito no es digno de recibir honores, de desempeñar determinados cargos o de ejercitar determinados derechos.

309

Sobre la pérdida de los derechos de ciudadano

La determinación de cuál sea el contenido de tales derechos habrá de encontrarse en el *art. 72 y concordantes de la Constitución salvadoreña*, donde se concretan los derechos políticos del ciudadano como el ejercicio del sufragio, la asociación para constituir partidos políticos o el ingreso en los ya constituidos y la opción a cargos públicos.

En concordancia con lo anterior, el art. 75 de la Constitución establece como causa de pérdida de los derechos de ciudadano la condena por delito, norma de la cual la presente debe considerarse como desarrollo.

Sobre la pérdida de honores, cargos y empleos públicos y la incapacidad para su obtención

La inhabilitación alcanza tanto a los *cargos o empleos* ostentados por el penado como al acceso de futuro a los mismos durante el periodo de vigencia de la condena, siendo irrelevante si el sujeto se encuentra en el ejercicio activo del cargo, la forma en que se

haya accedido al mismo, así como su naturaleza permanente o interina, gratuita o retribuida.

Queda claro que la inhabilitación tiene como efecto la *extinción definitiva* de la relación de empleo público, sin perjuicio de volver a acceder a los empleos, cargos, comisiones o contratos públicos una vez extinguida la pena y conforme a las normas reguladoras de tal materia.

Deben ser considerados como *honoros* los títulos y distinciones de carácter honorífico del condenado, de carácter civil o militar, excluyéndose las distinciones o cualidades que no tengan carácter meramente honorífico, como sucede con los grados académicos.

Aunque este precepto no contenga un último párrafo tan específico como el siguiente, relativo al contenido de la pena de inhabilitación especial, es nuestro criterio que, por motivos de seguridad jurídica, debe entenderse que *la sentencia condenatoria debe hacer constar de modo expreso los honores, empleos y cargos concretos sobre los que recae la condena*, pues de otro modo se hurtaría al debate de la defensa del condenado una parte sustancial de las consecuencias de la condena.

- 310** Los honores, empleos o cargos deben ser aquellos de los que el sujeto fuere titular *en el momento de cometer los hechos* delictivos, ya que es ese periodo de su vida y esa faceta de su personalidad la que es objeto de reproche con la sentencia condenatoria, por lo que la pena no puede afectar a situaciones acaecidas en el tiempo que va desde la realización de tales hechos hasta el momento de dictarse la propia sentencia, debiendo esas situaciones verse afectadas exclusivamente por las normas -fundamentalmente administrativas- que las contemplen, para lo cual lo relevante no será ya tanto el que el sujeto haya sido condenado como la trascendencia que para el acceso o la conservación de la posición tenga la sumisión a un procedimiento penal o el advenimiento de una sentencia condenatoria penal, cuestión ajena propiamente al ámbito penal que nos ocupa.

Sobre la pérdida de la nacionalidad salvadoreña por naturalización

Los *salvadoreños por nacimiento* no pueden verse privados de su nacionalidad a consecuencia de la imposición de una pena (art. 91 de la Constitución).

Las circunstancias en que se puede acceder a la condición de salvadoreño naturalizado se exponen en el *art. 92 de la Constitución* y es expresamente el art. 94.2º el que prevé la pérdida de la condición por sentencia ejecutoriada, siendo este artículo que se comenta desarrollo de dicho precepto.

59

INHABILITACIÓN ESPECIAL

La pena de inhabilitación especial comprende:

- 1) La suspensión del ejercicio de una profesión, arte, oficio o actividad estén o no reglamentadas;**
- 2) La suspensión definitiva de cargos públicos ad honorem que estuviere desempeñando el condenado; y,**
- 3) La privación para el ejercicio de la autoridad parental o tutela, en los delitos relativos a la libertad sexual y a las relaciones familiares, cuando sean cometidos por ascendientes contra descendientes o tutores contra sus pupilos.**

Las inhabilitaciones especiales que se impongan, deberán especificarse claramente en la sentencia.

311

Sobre la suspensión del ejercicio de profesión, oficio, arte o actividad

Se individualiza el objeto de la pena en un ámbito privado del sujeto como es su dedicación más o menos profesionalizada a una actividad, hecho que, bien se considera relacionado con el delito cometido, pues de lo contrario no tendría razón de ser la imposición punitiva, bien se estima incompatible de futuro (durante el periodo de cumplimiento de la condena) al haber puesto de manifiesto la actuación delictiva del sujeto una peligrosidad o juicio de desvalor que se reputan inconciliables con el desarrollo de determinadas actividades en la sociedad. Tiene por tanto el precepto una dimensión laboral, desde la premisa de que esa es una de las principales vías por las que el sujeto se relaciona y desenvuelve en la sociedad, afectando el hecho de la comisión de un delito a la forma en que en un determinado futuro -en este caso, por vía de abstención- se estima que el sujeto debe relacionarse con el resto de la colectividad.

La referencia que se hace a la no necesidad de que la actividad esté reglamentada viene a resolver la antigua duda que se cernía acerca de si la actividad a restringir debía requerir algún tipo de habilitación, permiso o licencia oficial, toda vez que desde tal premisa sería más fácil controlar la ejecución de la pena. Definitivamente tal parece desecharse, sin perjuicio de que obviamente habrá mayores problemas de control de

ejecución respecto a las actividades no afectadas por esas circunstancias. La actuación delictiva del sujeto puede tener sus consecuencias negativas y suponer riesgos desde cualquier ocupación laboral que éste tenga en la sociedad y así el Código lo contempla.

Sobre la suspensión definitiva de cargos públicos ad honorem

El precepto supone una especificación respecto a conceptos ya manejados en la pena de inhabilitación absoluta, ya que el objeto de la privación se define en términos más estrictos, fundamentalmente matizados por la naturaleza honorífica del cargo, donde subyace claramente el carácter infamante de la pena para quien se considera indigno de la alta consideración recibida por el hecho de haber cometido un delito.

Se reproducen aquí anteriores comentarios sobre el carácter definitivo de la pérdida del cargo, lo que no obsta a recuperaciones posteriores una vez concluido el periodo de duración de la pena.

Sobre la privación del ejercicio de la autoridad parental o tutela

312

El precepto contempla una realidad criminológica abundantemente constatada, cual es la de que ciertos delitos contra la libertad sexual (Libro segundo, Título IV) y las relaciones familiares (Libro segundo, Título VII) se desarrollan en un marco de abuso y ejercicio desviado de posiciones reales que se corresponden con situaciones jurídicas como la autoridad parental y la tutela, teniendo como víctimas a descendientes y pupilos y como autores a ascendientes y tutores.

Sin perjuicio de que las normas reguladoras de esas instituciones ya contemplan como causas de extinción de tales situaciones comportamientos que pueden incardinarse en dichas conductas delictivas, el Código pretende evitar la onerosidad que supondría el tener que acudir a otros procedimientos distintos al penal en supuestos en que se ha logrado establecer una suficiente cognición de la cuestión como para permitir a un órgano jurisdiccional hacer, con garantía para todos, una declaración sobre la pertinencia de dar fin a una institución jurídica y a una situación de hecho claramente incompatibles con lo que la sentencia condenatoria declare sucedido y además con una nota de perentoriedad aneja a las circunstancias.

Estando la pena limitada temporalmente en su duración y afectando usualmente el delito a persona concreta y determinada, cabe plantearse si los efectos de la pena se limitarán al periodo de duración de la misma y a la autoridad parental o tutela ejercidas exclusivamente sobre la víctima del delito. No es fácil dar una interpretación inequívoca a la cuestión si se tiene en cuenta que los términos utilizados por el precepto no son ni

mucho menos categóricos, siendo gramaticalmente admisibles varias interpretaciones y sin que desde luego las más restrictivas se vean especialmente propiciadas por un clima de indefinición como el que rodea al precepto.

En principio, por lo que se refiere a *la duración de los efectos*, no parece que haya argumentos que permitan perpetuar los efectos de la pena más allá del tiempo de su duración, si bien ello no signifique ni mucho menos que una vez extinguida la pena se recupere automáticamente la autoridad parental o posición de tutor que anteriormente se tenía; las situaciones fácticas afectadas por la pérdida de la autoridad parental o tutela habrán hecho actuar mecanismos sustitutorios durante el tiempo de duración de la condena; así el pupilo habrá precisado del nombramiento de un nuevo tutor que deberá mantenerse en el cargo sin decaer en él por el hecho de que el anterior tutor haya extinguido su condena, mientras que para el descendiente que todavía se encontrase en situación de verse sometido a autoridad parental habrá que aplicar la normativa civil reguladora de la institución por ver si es pertinente o no la vuelta a la situación anterior, pero sin que pueda invocarse ya el imperio de la sentencia penal como causa de privación, sin perjuicio de la consideración que de ello se haga.

Más problemas plantea *la extensión que la privación tenga*, es decir, si sólo afecta a la autoridad parental o tutela que relacionan al sujeto con el descendiente o pupilo ofendidos por el delito o si el condenado se ve privado de cualquier autoridad parental o tutela que esté ejerciendo. La redacción del precepto es lo suficientemente abierta como para no dar una solución segura y posiblemente cualquier postura tendría sus posibilidades de razonamiento; en principio, desde un punto de vista no exento de lógica, podría predicarse que difícilmente sea sujeto idóneo para el ejercicio de las citadas funciones quien hubiere cometido un delito de la índole descrita contra su descendiente o pupilo, pero, por otra parte, también es cierto que a la conclusión del abuso se llega tras el análisis de unos hechos concretos en un procedimiento específico que contempla unas relaciones determinadas, por lo que no parece que la sentencia penal sea título habilitante suficiente para afectar a otras relaciones jurídicas cuyo debate no ha sido objeto del procedimiento y que, teóricamente, pudieran no verse negativamente afectadas por la comisión delictiva, sin perjuicio de que la condena penal como hecho cierto pueda ser tomada como antecedente en otros procedimientos civiles independientes que se abran para la extinción de situaciones de autoridad parental o tutela. Posturas contrarias serían sin embargo difícilmente objetables, pues también sería razonable decir que la privación de funciones no trata de evitar tan sólo la reproducción del anterior estado de cosas respecto a la persona afectada por el delito, sino que el condenado no vuelva a ejercer funciones de tal índole durante el tiempo de duración de la condena; la conducta criminal del sujeto refleja una situación de peligro en la que el hecho de que se haya evidenciado la existencia de una víctima concreta y

determinada puede ser meramente el detonante de una realidad de mayor riesgo; a título de ejemplo, resulta obvio que la privación del ejercicio de una profesión afecta a cualquier tipo de interlocutores con los que el sujeto pudiera relacionarse en tal ámbito y no exclusivamente a su futuro ejercicio hacia quienes se vieron afectados por el delito.

Nuestro criterio se decanta por interpretaciones restrictivas cuando la insuficiencia de redacción del precepto no permita conclusiones inequívocas, teniendo en cuenta la naturaleza sancionadora de la norma, el principio de la duda favorable en beneficio del condenado y la consideración de que otras instituciones civiles pueden proporcionar suficiente cobertura a cualquier tipo de situaciones con la debida garantía.

Huelga decir que la privación del ejercicio de la autoridad parental no exime al sujeto condenado de las obligaciones legales -fundamentalmente contributivas- que pueda tener hacia sus descendientes.

60

314

PENA DE EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL

La pena de expulsión del territorio nacional para los extranjeros, comprende la salida forzosa inmediata del territorio nacional luego de cumplida la pena principal y la prohibición de reingresar al mismo en un máximo de cinco años siguientes, a criterio del juez.

Como señala el art. 100 de la *Constitución*, los extranjeros están sujetos a una ley especial, encontrándose obligados a respetar a las autoridades y a obedecer las leyes, adquiriendo en contrapartida, el derecho a ser protegidos por ellas (art. 96 de la *Constitución*). Se reserva a la ley la definición de las circunstancias en que podrá negarse al extranjero la permanencia en el territorio nacional (art. 97). Completando ese marco, el art. 5 proscribire la expatriación exclusivamente en relación a los ciudadanos salvadoreños.

Tales preceptos configuran la premisa de que la estancia en territorio salvadoreño de los extranjeros supone un estado de acatamiento y sintonía no sólo con el marco legal que la regula sino al mismo tiempo el respeto al ordenamiento jurídico. La comisión de un delito supone sin duda una de las formas en que más gravemente el extranjero puede contravenir las condiciones que posibilitan su aceptación y acogida en el territorio

del Estado, por lo que, *con independencia de la ejecución de la pena a que sea acreedor*, la pena de expulsión del territorio nacional supone, allí donde proceda, un juicio de reproche accesorio -tal es, accesoria, la naturaleza de la pena, conforme al art. 46 del Código-.

Al contrario de lo que sucede en otros sistemas jurídicos, donde la expulsión de los extranjeros se contempla como una medida alternativa a la ejecución de la pena, o incluso a la prosecución de los procedimientos penales en los que el extranjero esté incurso, la concepción del Código es la de una *medida acumulativa*, tal vez no estrictamente una pena por su propia naturaleza, que es *valorable en su extensión por el juez sentenciador* en un marco que no podrá superar los cinco años. Como pena que debe quedar impuesta en el momento de ser dictada la sentencia, cabe objetar que, produciéndose sus efectos en el momento de ser el sujeto excarcelado, la aplicación positiva sobre el mismo del tratamiento penitenciario puede suponer resultados que comportarían conclusiones diferentes a las que se tuvieron en cuenta en el instante de definir la pena, sin que los mecanismos legales establezcan posibilidades de transformación en este sentido de la decisión ya adoptada en la sentencia.

Otro tema ligado al de la ejecución surge del hecho de que se señala que la expulsión se llevará a cabo de forma inmediata una vez cumplida la pena principal, lo que crea teóricos *problemas interpretativos cuando esa pena principal ha quedado en suspenso*, toda vez que, como señala el art. 83 del Código, ello sucede una vez transcurrido el periodo de prueba sin que se hubiere revocado la suspensión condicional; en este caso, no tendría mucho sentido proceder a la expulsión de un condenado a quien se otorgó el importante beneficio de la confianza y más todavía si ha superado satisfactoriamente el periodo de prueba; la única solución razonable sería entender que la ejecución de la pena accesoria también ha quedado en suspenso y que ella también pende de la superación del periodo de prueba, por lo que su cumplimiento satisfactorio acabaría significando el tenerla por extinguida.

315

Muy posiblemente, la gravedad de las conductas para las que está prevista como accesoria la pena de expulsión del territorio nacional haga que el problema planteado no sea sino teórico por no aplicarse la institución de la suspensión a las mismas.

No obstante todo lo dicho anteriormente, debe tenerse en cuenta que, paralelamente a la normativa penal, que a través de las sentencias condenatorias crea títulos habilitantes para la expulsión o prohibición de entrada de un extranjero en el territorio nacional, la *normativa especial reguladora de la situación de extranjería* establece sus propias causas de expulsión o no admisión de extranjeros por circunstancias ajenas a lo penal o en ocasiones ciertamente relacionadas con comportamientos penalmente trascendentes

de los extranjeros, que no tienen necesariamente que coincidir con los presupuestos aquí contemplados.

61

PRIVACIÓN DEL DERECHO DE CONDUCIR

La privación del derecho de conducir vehículos de motor o del derecho de obtener la licencia respectiva, inhabilita al condenado para su ejercicio durante el tiempo fijado en la sentencia.

316 La pena consiste en una inhabilitación del penado para el ejercicio de un derecho que con anterioridad le fuera concedido o para acceder a la habilitación legal para su ejercicio. Se equipara por tanto a quienes hayan obtenido la licencia respectiva y a quienes no lo han hecho, viéndose estos últimos impedidos para la superación de las pruebas al efecto, acreditando su capacidad para conducir durante el periodo de cumplimiento de la condena, conclusión a la que se llega observando que no sólo se priva del derecho a la realización legal de la actividad sino al acceso a la antedicha habilitación legal.

El alcance del contenido de la pena está subordinado a la noción legal que en cada momento la legislación administrativa establezca acerca de lo que se entienda como vehículo de motor.

61-A

Art. 2.- Adiciónase el Art. 61-A, así:

“PENA DE TERAPIA

La pena de terapia consiste en la asistencia sistemática a sesiones de apoyo reeducativo psicosocial, individuales o grupales, con profesionales que ayuden al condenado a la modificación de patrones violentos de conducta.”

CAPÍTULO III

ADECUACIÓN DE LAS PENAS

62

PENA IMPONIBLE E INDIVIDUALIZACIÓN

Son punibles los delitos consumados y en grado de tentativa. Las faltas sólo serán sancionadas si son consumadas.

El juez fijará la medida de la pena que debe imponerse, sin pasar de los límites mínimo y máximo establecidos por la ley para cada delito y, al dictar sentencia razonará los motivos que justifican la medida de la sanción impuesta, so pena de incurrir en responsabilidad.

En los casos expresamente previstos en este Código, podrán excederse los límites de la pena fijada por la ley para cada delito. En ningún caso podrá sobrepasar el máximo de la pena de prisión que la ley determina.

317

El juez, sujeto al principio de legalidad, determina la pena que corresponde al caso concreto, dentro de los límites que la ley fija, bien de forma rígida, bien de forma flexible.

El juez se atiene al criterio de la *proporcionalidad* al fijar la pena en atención a la *gravedad del delito* y a la *culpabilidad de su autor*. El juez se atiene al criterio de la *individualización* cuando adecua la pena a la *personalidad del delincuente*.

La punición se establece para los delitos y faltas consumados y los delitos intentados. Otras formas de aparición del delito como la conspiración, proposición y provocación no son punibles genéricamente sino tan sólo cuando expresamente la ley lo prevea para cada figura delictiva específica.

Por razones de política criminal, atendiendo a los principios de intervención mínima y oportunidad, se ha considerado que deben quedar fuera del derecho penal las faltas que no han alcanzado el grado de consumación.

Modernos sistemas tienden a la individualización de la pena mediante la sentencia indeterminada, lo que se materializa en su indeterminación cuantitativa en la sentencia, de forma que su duración se concreta durante la fase de cumplimiento; en unos sistemas el juez fija un máximo y un mínimo y en otros hay una indeterminación absoluta.

En el sistema del Código, como corresponde a nuestro ámbito de cultura jurídica, *la pena debe quedar concretamente fijada en la sentencia*, sin perjuicio de que instituciones como la suspensión o sustitución o el devenir penitenciario de su ejecución puedan tener importante relevancia sobre su alcance efectivo.

Si contemplamos los delitos y faltas comprendidos en los Libros segundo y tercero del Código, *la pena se fija para el autor de un delito consumado entre un máximo y un mínimo*, dentro del cual debe moverse el juez, siendo excepcionales los supuestos en los que puede superarse ese máximo (p.ej. el concurso ideal del art. 70) o rebajarse el mínimo (p.ej. el error invencible del art. 69). Como límite máximo de la pena de prisión a imponer al sujeto delincuente se establece el de treinta años recogido en el art. 45.1) del Código, lo cual se consigna expresamente en el art. 61 para el caso de la penalidad del concurso real y debe tenerse como tope no sobrepasable en otros supuestos de exacerbación como el del concurso real (art. 71) o el delito masa (art. 73).

318

Especial referencia a la necesidad de motivación de la pena:

Toda decisión judicial debe ser motivada a fin de que las partes tengan garantizado en el grado necesario su *posibilidad de impugnación al conocer cuál es la interpretación y aplicación del Derecho que el juez lleva a cabo*, ajena a toda arbitrariedad.

Por imperativo de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, para el juez están previamente determinados en la mayoría de los casos la clase y cuantía de la pena, para después llevar a cabo una *individualización judicial dentro de unos límites legales resultantes de cada hecho y sujeto concretos*, pero considerando que el arbitrio judicial se ejerce teniendo en cuenta criterios que el propio legislador señala.

En un ámbito como éste en el que el juez puede moverse dentro de unos límites relativamente amplios afectando a un bien tan esencial como es la privación de la libertad o de otros derechos de la persona la motivación de la medida de la sanción impuesta cobra especial importancia.

La norma sólo contempla los detalles genéricos de la conducta y de su autor y a través de la individualización de la pena se establece la *adecuada proporcionalidad entre su gravedad y la trascendencia del hecho*, teniendo en cuenta todos los datos que

conforman el suceso enjuiciado, sirviendo como pautas orientativas y no exhaustivas los aspectos que se enumeran en el art. 63.

La interdicción de la arbitrariedad obliga a *consignar en la sentencia la fundamentación de los juicios de valor que en ella se asumen y que se traducen en concretas consecuencias punitivas*. Tales juicios de valor deben tratar de ponderar de forma equilibrada tanto la retribución de la sociedad como el intento de reinserir al sujeto, tanto la conciencia jurídica social como la reparación de los afectados por el delito y, muy especialmente, las condiciones personales del delincuente (situación formativa, familiar, económica), su posible sensibilidad frente a la pena y los efectos que ésta pueda tener sobre su vida dentro de la comunidad.

Formalmente, la motivación de la medida de la sanción impuesta no supone la consignación de un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos y cada uno de los aspectos y circunstancias del asunto debatido, sino que se reduce a la *expresión de las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión*.

JURISPRUDENCIA.

319

“La Sala entiende que la adecuada fundamentación de una sentencia involucra el señalamiento de las razones por las cuales el tribunal fijó la pena en un monto determinado, no siendo necesario un exhaustivo y pormenorizado análisis de cada aspecto o situación valorada, ya que en ciertos casos la lectura de algunas sentencias se torna tediosa, dado lo extenso de su redacción, sobre todo cuando se incluyen numerosos conceptos y citas doctrinarias, algunas veces innecesarios (...) En relación a la negativa en valorar la extensión del peligro generado por la conducta ilícita, dicha valoración resulta imposible, dada la naturaleza de esta clase de hechos, a los que la doctrina califica como delitos de peligro abstracto, por lo que no existe omisión atribuible al tribunal de sentencia sobre la obligación de valorar dicho elemento. (Casación, 17-12-02)”

“Declarada la culpabilidad, está debe graduarse para imponer la pena que corresponda, para lo que debe apreciarse no sólo el desvalor del hecho, sino también el grado de culpabilidad, ello conforme con los parámetros del artículo 63 del CP que sienta su base sobre el principio de culpabilidad –artículo 12 Cn– por el que no sólo basta imponer pena al culpable, sino que además dicha pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad, sin poder rebasar éste límite. El merecimiento de la pena que se haga en concreto debe reflejar la ponderación entre los bienes jurídicos objeto de cuestión penal, así es menester ponderar el interés jurídicamente protegido –en este caso el patrimonio

de la víctima y el derecho fundamental del acusado que se restringirá en este caso su libertad— por lo que, la afectación de este último mediante la pena, debe regirse por los principios de intervención mínima, y de proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación de la necesidad de la pena, tanto en lo relativo a su dosimetría, como a los subrogados penales que puedan predicarse. (T.S. 3° S.S., 29-11-02)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

320

Conviene señalar aquí la relevancia de las cuestiones de la determinación de las consecuencias jurídicas del delito, por cuanto una vez determinada la culpabilidad del justiciable lo más relevante es la pena que se le impondrá y la cuantificación de la misma; indicar que la doctrina más clásica había considerado que este ámbito estaba sometido a una discrecionalidad bastante laxa del juez, por lo cual tenía amplias facultades para decidir cual era el *quantum* de la pena que tendría que imponer a la personas encontrada culpable. Pero tales ideas han sido ya superadas, la determinación de la pena, no es una cuestión que pueda quedar al arbitrio de los jueces, por lo cual la decisión de que pena se impone y por que razones, debe ser lo suficientemente motivada, motivación que no se limita a un simple dar razones; puesto que la fundamentación debe acreditar situaciones de hecho que encuentren su apoyo en la información vertida en el debate y las misas deben ser valoradas conforme a las normas jurídicas aplicables. Estos deberes de motivación en la individualización de la pena, encuentran su fundamento en principios de rango Constitucional, así el principio de legalidad por el cual se realiza el derecho fundamental a la seguridad jurídica de los gobernados, una cuestión tan relevante y de tanta afectación como determinar por cuanto tiempo se determinara la restricción de un derecho fundamental no puede quedar librada a los juicios prudenciales de la autoridad que decide de ahí que la imposición de la pena en concreto debe estar sostenida por razones de hecho y de derecho que sustenten la pena particular que se impuso. De igual manera el principio de culpabilidad no sólo garantiza que se imponga pena únicamente al culpable, sino también y de manera decisiva que la pena impuesta sea proporcionada a la culpabilidad, de ahí que si no media motivación suficiente, no es posible valorar si se respetaron los principios de proporcionalidad en sentido estricto y de necesidad de la pena. De ahí que la primera conclusión a la que se arriba es que la graduación de la pena es un ámbito que debe estar suficientemente motivado en cuanto a las decisiones que se adopten y ello se ve reflejado en el imperativo que el precepto adopta cuando dice: “ y al dictar sentencia razonará los motivos que justifican la medida de la sanción impuesta, so pena de incurrir en responsabilidad”.

Un primer límite que se señala es que en la fijación de la pena el tribunal o juez no puede rebasar los límites mínimos y máximos fijados para cada delito, lo cual se

reconduce a las penas que de manera particular están definidas en cada tipo penal, las cuales en virtud del sistema adoptado de indeterminación relativa de la pena deben estar configuradas sobre dos parámetros, el primero de ellos corresponderá a la pena mínima que se fija en el tipo penal y el segundo por el límite máximo que se fija como máximo desvalor del injusto penal descrito como delito. Respecto de esto conviene destacar al menos dos ideas; la absoluta necesidad de que las penas sean relativamente indeterminadas –que contengan un mínimo y un máximo– es una exigencia del principio de culpabilidad, por cuanto si la culpabilidad es graduable, esta debe ser medida para la imposición de una pena, para lo cual se requiere que el sistema de determinación de penas también responda a una modelo graduable que se ajuste a una medición de la culpabilidad, de ahí que estén prohibidas las penas determinadas o fijas que no admitan graduación. La segunda idea es que el tipo penal desmerece la pena de una manera general, es el llamado merecimiento en abstracto de la pena, por lo cual el desvalor que se fija es un desvalor standard, sin atender a las particulares situaciones de cada hecho en particular cometida por una persona individualizada, este punto que podría parecer irrelevante no lo es, por cuanto el merecimiento de la pena en abstracto sólo satisface el principio de igualdad respecto del principio de legalidad, en el sentido que las penas en su dosimetría general tienen que ser concebidas de manera *in genere*; pero atendiendo al principio de culpabilidad tal principio de igualdad es insuficiente por que la pena que se impone al sujeto culpable debe atender a la concreta situación del justiciable y no a un desmerecimiento general de la conducta como el fijado en el tipo penal para precisar los límites de la pena.

321

De ahí que la pena predeterminada en el supuesto de hecho, sólo este referida a una generalidad de un desvalor normal de la conducta, el cual queda circunscrito a los límites mínimos y máximos de la pena; para conductas que comenten el injusto en situaciones extraordinarias la pena ordinaria del tipo penal ya no puede reflejar el desvalor de esas particularidades, de ahí que en la parte general se determinen especiales penalidades que reflejan una diferenciación en el desvalor del ilícito penal. Ejemplo de ello, es la penalidad de la tentativa, que refleja un menor desvalor en el injusto personal, y en el mismo sentido la pena de los cómplices necesarios o no necesarios. Refleja un menor desvalor en la culpabilidad, la situación de quien actúa en un error de prohibición vencible, por lo cual el desvalor del injusto ya no puede ser medido en los mismos términos que en su desmerecimiento en abstracto, todos estos desvalores resguardan al principio de igualdad referido ya en el principio de culpabilidad. Sin embargo como ya lo anotamos –aquí se reitera– en los ámbitos de esta diferenciación punitiva concurre una grave omisión legislativa –que afecta el principio de igualdad– por cuanto a las personas que delinquen en una situación de imputabilidad disminuida, no se les ha estipulado un merecimiento diferenciado de pena, tal situación no esta suficiente satisfecha, por la concurrencia de una atenuante genérica –29 N° 1 CP– por cuanto

dicha agravante no puede hacer descender la pena por debajo del mínimo del tipo penal, y en tal sentido se mantiene dentro del merecimiento general para situaciones de desvalores ordinarios, pero se impone para una persona que no ha cometido el injusto típico en situaciones de ordinariedad sino de extraordinariedad, propio de su estado de imputabilidad disminuida; de ahí que tal omisión legislativa afecte el principio de igualdad en el merecimiento concreto de la pena, con lo cual se afecta el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por lo que en estos casos de imputabilidad disminuida, una interpretación *in bonam partem* de otra forma configurativa de una penalidad especial, únicamente en cuanto a la consecuencia jurídica, referida a la determinación de la pena, puede ser una forma legítima de acuerdo al imperativo de los principios constitucionales para salvar dicha omisión; ello no representa problema alguno—más que la fundamentación— puesto que el juez es garante máximo del respeto de la Constitución.

322

Por último conviene indicar los modelos de determinación de la pena, para ello, debe señalarse, que el aspecto de graduación de la pena, es un ámbito en el cual confluyen diferentes intereses, que tienen que ser conservados, interés del justiciable, de la víctima, de la sociedad, de ahí que la cuestión de la determinación de la pena sea relevante. Tampoco se puede ignorar que la determinación de la pena esta asociada a los fundamentos y fines propios de la pena, puesto que ésta es la base esencial de la sanción que se impondrá de ahí que no es posible soslayar fines de la pena y determinación de la misma. Precisamente atendiendo a los fines de la pena, es que se han planteado los modelos de fundamentación de la misma, los cuales tratan de dar prevalencia o uno u otro fin de la pena; así se puntualizan: la teoría del ámbito del juego —Spielraumtheorie— la teoría de la pena puntual —Punktstrafe— y la teoría del valor relativo o también conocida como de los niveles —Stellenwerttheorie— las cuales son las más proverbiales para sustentar el fundamento de la determinación de la pena (Ziffer, 1999: 46). La explicación de cada una de las teorías y de los fundamentos que la sustentan excede el alcance de estos comentarios pero por lo menos se debe apostillar, que las mismas pretenden dotar de racionalidad el marco de determinación de la pena, algo que es importante recalcarlo por cuanto tal aspecto no esta librado de la limitación de los principios constitucionales respecto de la configuración del poder penal, que en este caso este corresponde a la jurisdicción, por lo cual la determinación de la pena, no es una cuestión arbitraria que quede librada a criterios de autoridad de los jueces y debe ser debidamente fundamentada y controlada, para ello el aspecto esencial es un debida actividad controlada de la motivación de la sentencia en este punto.

63

DETERMINACIÓN DE LA PENA

La pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad. Para la determinación de la pena, en cada caso, se tendrá especialmente en cuenta:

- 1) La extensión del daño y del peligro efectivo provocados;**
- 2) La calidad de los motivos que la impulsaron el hecho;**
- 3) La mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho;**
- 4) Las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, las económicas, sociales y culturales del autor; y,**
- 5) Las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales.**

323

El precepto contiene pautas a seguir por el Juez en la fase de determinación de la pena para su individualización en el caso concreto. Pueden resumirse los siguientes postulados:

1º) Los dos *criterios más generales fijados como guía del arbitrio* son de índole objetiva y subjetiva; así respectivamente: el *desvalor del resultado de la acción* del culpable, según la mayor o menor gravedad del hecho y el *reproche personal al sujeto en atención a sus circunstancias*. No debe olvidarse que cuando el texto constitucional en su art. 27 fija como fines de la ejecución de la pena la corrección, educación y formación del delincuente, procurando su readaptación y, como consecuencia de lo anterior, la prevención de delitos, ello debe empezar a buscarse desde que el juez señala la sentencia que corresponde al sujeto concreto, cuya reeducación y reinserción social se procura también en la fijación de la pena.

Se trata, en definitiva, de una facultad discrecional que el legislador concede a los Jueces para individualizar la pena sobre un doble orientación: la gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, expresiones, una y otra, abarcadoras de casi infinitas soluciones. La gravedad hace referencia al desvalor de la conducta en relación con el

bien jurídico protegido, la personalidad del sujeto representa una apreciación muy compleja integrada por elementos psicológicos desde una proyección social.

2º) Siendo los anteriores criterios generales, el precepto enumera una serie de criterios particulares que se tendrán en cuenta para la determinación de la pena, los cuales no son sino desarrollo de las más amplias ideas antes expuestas, teniendo un *valor meramente enumerativo y no jerarquizado en cuanto al orden en que se exponen* y sin pretensión omnicompreensiva de todas las variables a considerar en el proceso de adecuación de la pena.

1. *La extensión del daño y del peligro efectivo provocados.* Concebidos los delitos fundamentalmente como de peligro y de resultado, debe evaluarse la intensidad del mismo desde la contemplación de la incidencia que la acción del sujeto haya tenido sobre el menoscabo del bien jurídico tutelado, con una doble dimensión: la afectación del sujeto concreto o, en su caso, la afectación de la colectividad protegida en su conjunto. Con independencia del desvalor que merezca la mera voluntad criminal del sujeto delincuente, manifestada en su comportamiento, es indudable que el juicio de reproche tiene muy en cuenta la incidencia de esa voluntad sobre el exterior, de manera que la intensidad de la misma tiene un desvalor más o menos pronunciado según dicha incidencia.

324

Extensión e intensidad del daño deben ser conceptos que corran parejos y se complementen para fijar su alcance.

2. *La calidad de los motivos que impulsaron al hecho.* Toda acción tiene un motivo que impulsa a actuar al sujeto, algo no necesariamente identificable con el dolo específico de cada conducta delictiva. El sujeto delincuente obra movido en cada caso por una intención que guía su acción: así, quien clava el cuchillo en el pecho de otro obra movido por la intención de matarle y quien a otro sustrae subrepticamente su dinero actúa movido por el ánimo de lucrarse con lo obtenido; mas los motivos que llevan a cada sujeto a realizar tales comportamientos pueden ser completamente diversos, hasta el extremo de que, respecto a una misma acción e intención, unos podrían exacerbar el juicio de reproche y otros minorarlo: quien mata puede hacerlo por múltiples razones que afectan distintamente a la conciencia social (la venganza por la previa ofensa, el odio irracional, los celos...), quien sustrae igualmente (la penuria, la avaricia...). El Derecho Penal no puede ser ciego a ello y el recorrido que va desde la exacerbación a la minoración del reproche, *la distinta afectación de dicha conciencia social, con sus principios morales, culturales e ideológicos* tiene su traducción en esa herramienta que es el margen de arbitrio judicial a la hora de determinar la pena.

3. *La mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho.* La socialización de un sujeto pasa por el aprendizaje y la asunción del sistema de valores de la sociedad en que se desenvuelve y de los mecanismos de relación entre sus distintos miembros. El sujeto en sociedad se define a partir de unas condiciones personales previas e inherentes, que pueden llevar aparejado el padecimiento de determinados déficits - muchas veces patológicos- que dificultan el proceso de aprendizaje e interrelación, y, añadido a lo anterior, los estímulos que a lo largo del tiempo ha recibido para acrecentar su proceso de socialización (no otra cosa, en realidad, es el aprendizaje). Todo lo anterior le sitúa con una mayor o menor capacidad de asumir y entender las pautas que en los aspectos que considera el Derecho Penal separan lo lícito de lo ilícito, la adecuación de la propia conducta a dichas pautas. La mayor o menor capacidad del sujeto para ello será la premisa de su mayor o menor capacidad para autodeterminar su comportamiento.

Tales aspectos permiten igualmente moderar el juicio de reproche ante el desvalor de la conducta de quien ha de ser juzgado según su capacidad para comprender y querer y adecuar esa comprensión y voluntad a las pautas sociales traducidas, en nuestro caso, en el Derecho Penal.

4. *Las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, las económicas, sociales y culturales del autor.* Cada secuencia de la realidad es única e irrepetible; en ella convergen una serie de variables que hacen que las personas se comporten de una manera determinada y que los hechos se encadenen con arreglo a ello. Un juicio de Derecho Penal con pretensión de integrar un criterio de justicia exige el intento de ampliar al máximo la comprensión de dichas variables incidentes. El juez no contempla una realidad estereotipada porque ello no existe, sino unos sujetos y unas circunstancias únicos e irrepetibles, para los cuales ha de dispensar una respuesta -en este caso, la pena- específicamente concebida para tales circunstancias y nada más que para ellas.

325

No es nueva la idea de que el hombre es él y sus circunstancias, las que le definen como tal, las que le hacen ser un sujeto único que, en nuestro caso, ha de ser juzgado con unos criterios autónomos, ha de recibir una respuesta -la pena- particularizada a partir de la comprensión de las circunstancias en que actuó y, si recordamos de nuevo los criterios del art. 27 de la Constitución, adecuada al intento de reeducación de su persona, necesaria sin duda en cuanto el delito es reflejo de la existencia de determinados déficits en el proceso de socialización del sujeto, no completamente preparado para desenvolverse adecuadamente respetando las normas que rigen la colectividad.

Las invocadas circunstancias económicas, sociales y culturales del autor -sobre todo entendido el término “cultura” en su acepción más amplia- definen tanto el marco del

que éste parte para obrar, y por lo tanto sus motivos y la capacidad mayor o menor para adecuar su comportamiento a las reglas impuestas, como las necesidades de incidir sobre su personalidad a través de la pena. La conjugación de ambos elementos ayudará sin duda a definir lo más estrictamente posible la naturaleza y extensión de la pena a imponer a cada sujeto concreto.

5. *Las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales.* Expuestas en los arts. 29 a 31 del Código Penal, se refieren como circunstancias que modifican la responsabilidad penal, en el sentido de que, concurriendo en la comisión de un hecho delictivo descrito en la ley y que lleva aparejada una concreta respuesta punitiva, más que modificar la responsabilidad penal, la modulan dentro de los límites previstos. Si acudimos al examen de las circunstancias enumeradas en los indicados preceptos, podremos observar que los criterios generales de determinación de la pena (desvalor del hecho y culpabilidad), así como los particulares expuestos hasta ahora, están detrás, en una u otra medida, de las circunstancias que allí se contienen, por lo que se incide sin duda en reiteración en la exposición de las pautas incluidas en este precepto.

326

Se excluyen de su consideración como tales las circunstancias que, de forma expresa o tácita, son inherentes a la definición del delito en su forma más general o en las modalidades especiales que adopta. Con ello se impide obtener dos consecuencias jurídicas de un mismo hecho material.

Puede suceder que la circunstancia esté incorporada en la descripción del delito como uno de sus elementos (p.ej. la alevosía del art. 30.1] en el caso del homicidio agravado del art. 129) o que sea inherente al delito, de forma que sin ella no podría cometerse (p. ej. el móvil de interés económico del art. 30.14] en el delito de hurto del art. 207), lo cual -esto último- debe ser interpretado de un modo absoluto, es decir, que la circunstancia todavía podrá apreciarse como tal si es posible la comisión del hecho sin concurrir las formas comisivas que dan lugar a la apreciación de la misma.

Debe concluirse que sólo son inherentes las circunstancias consustanciales al delito -ya genéricamente, ya en su ejecución concreta- y las integrantes del tipo delictivo, entendiéndose incluidas aquéllas que, aun no necesarias para la realización del tipo ni incluidas en el mismo como un elemento de la hipótesis legal que contempla, en el caso concreto son inherentes a la acción porque no puede prescindirse de ellas en su ejecución.

JURISPRUDENCIA.

“Según se desprende del texto de la sentencia, el motivo principal que ha determinado su alcance en cuanto a la determinación de la pena se refiere, es el considerar que la aplicación automática del máximo previsto para el delito de Violación aumentado en un tercera parte, es contraria al sistema de penalidad que rige en nuestro ordenamiento legal, así como también a los criterios objetivos y subjetivos de individualización a que se refiere el Art. 63 del Código Penal. Dicha aseveración en su aplicación como consecuencia de no haberse considerado límites distintos a los previstos en el Art. 162 del Código Penal, constituye el máximo previsto por la ley para el delito por el que se procesa al imputado y el mínimo sería aquel considerado originariamente como tal en el Art. 158 Pn.; coligiéndose que la graduación de la pena a imponer debió serlo dentro de dichos rangos y no dentro de los empleados por el A-quo, así como también que las disposiciones invocadas como mal aplicadas son respetuosas del sistema de penalidad que rige en nuestro ordenamiento jurídico y de los Arts. 62 y 63 del Código Penal, dada la posibilidad de graduación de la pena en los términos mencionados (...) De conformidad al contexto del Art. 63 del Código Penal, en relación con el Art. 5 del mismo cuerpo legal, el primero relacionado con la individualización de la penalidad y el segundo con el principio de proporcionalidad, la pena a imponer debe ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto por su jerarquía respecto al bien jurídico afectado como por la intensidad del ataque causado, apoyándose dicha graduación en un relación entre el hecho cometido y la pena impuesta, la que debe establecerse en consideración a la trascendencia social de la conducta conceptualizada como delito y a las herramientas de graduación previstas en la ley. (Casación, 16-07-02)”

327

“En primer lugar debe evaluarse el desvalor de los hechos, mediante el daño causado y el peligro corrido por los bienes jurídicos afectados. En este caso ambos hechos han sido sumamente graves, uno a continuación de otro. En el homicidio agravado consumado, que es aleroso, ha concurrido un dolo intensísimo de matar, el imputado ha disparado dieciocho veces contra su víctima, ello supone un alto desvalor en el injusto, que amerita una pena también bastante grave. Para el homicidio en grado de tentativa estamos ante lo que se calificaría ante una tentativa acabada, en la que el imputado ha agotado todos los actos de ejecución y lo único que faltó fue la sobreviniencia del resultado que es el que no ha acaecido; obviamente en la tentativa, no es igual a que se interrumpa la acción a que el imputado realice toda la conducta ejecutiva sin alcanzar el resultado querido, ésta última manifestación de lo injusto, es más grave por lo que será un factor para hacer más gravosa la pena a imponer. (T.S. 3° S.S., 13-05-02)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El primer aspecto a resaltar es el doble fundamento para la determinación de la pena: a) el primero de ellos esta fundamentado por el desvalor del injusto, el cual en este caso de dosimetría de pena en concreto debe ser ponderado, no se trata aquí de configurar una doble desvaloración de lo injusto, sino de medir los alcances de su magnitud, por ejemplo que clase de dolo e intensidad del mismo, que nivel de dominio del hecho en caso de una autoría, el nivel de cooperación en caso de una complicidad, la relevancia o no del aporte, el tipo de inducción al delito, el grado de infracción del deber de cuidado, el nivel de previsibilidad, los alcances de la negligencia, el poder de realización de la acción omitida, el tipo de posición de garante respecto de los deberes de protección, el alcance de la injerencia, los niveles de ejecución del delito en materia de tentativa, que grado de afectación del objeto jurídico de protección y del objeto jurídico de la acción etcétera. Ese desvalor de lo injusto es el primer gran fundamento en concreto para medir la pena a imponer y el precepto lo incluye cuando indica “la pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor.

328

b) El otro aspecto fundamental esta referido al grado de culpabilidad del sujeto activo pero respecto del injusto penal cometido, de ahí que la culpabilidad este referida a los hechos cometidos, de esta manera se evita invasiones del derecho penal autoral ya no referida al injusto personal, sino a una culpabilidad por el carácter o por asunción de vida o por criterios de peligrosidad que están desterrados del derecho penal; únicamente pueden considerarse situaciones personales de los justiciables, atinentes a su individualidad personal como situaciones de favorabilidad, pero nunca para exasperar la pena en atención al reproche de culpabilidad. En suma desvalor del injusto y grado de culpabilidad son los dos fundamentos que informan el aspecto de determinación de la pena, al cual debe agregarse por imperativo constitucional, los fines resocializadores de la pena –Art. 27 Cn– por cuanto la pena tiene sin desconocer otras finalidades preventivas, esencialmente una finalidad de readaptación del justiciable, de ahí que únicamente a esa fin pueden contribuir penas en concreto atemperadas, por los déficits ya señalados al fenómeno de la prisionalización y de la sub-culturas carcelarias, así como a los factores de desocialización, de ahí que la prevención especial positiva entendida como oferta que respeta la autonomía del reo, es otro factor inescindible al momento de graduar la pena.

c) Los dos fundamentos que se han señalado, desvalor de lo injusto y grado de culpabilidad, se concretizan particularmente en cada una de los presupuestos que enumera el precepto, en algunos casos concurrirán ambos en una formulación mixta a valorar, por cuanto el injusto no puede ser desvinculado de la culpabilidad, por cuanto esta se predica de la persona pero en relación al hecho cometido; de ahí que teniendo

ambos conceptos dogmáticos su propia autonomía guardan una estrecha relación. Es importante indicar que los presupuestos específicos que el precepto establece no se han configurado –felizmente– de una manera rígida o taxativa, sino que tienen una enumeración de *numerus apertus* obviamente esta extensión valorativa como sucede en el derecho penal, que se erige sobre límites, sólo puede operar en lo favorable, por lo que no pueden construirse desmerecimientos en concreto que sean utilizados para perjudicar al reo, generando un mayor nivel de restricción a los derechos fundamentales del mismo; de ahí que las cláusulas normativas son como una especie de indicadores, a los cuales se pueden añadir otros similares en lo favorable; este aspecto de sistematizar unos presupuestos no bajo un modelo de *numerus clausus* resulta intelegible del precepto que reza: “Para la determinación de la pena en cada caso se tendrá *especialmente* en cuenta”. De ahí que son utilizables los parámetros de graduación que se enumeran, pero los mismos no excluyen la concurrencia de otros factores que puedan incidir en la determinación de la pena, atemperándola.

d) Un aspecto revelante en el modelo asumido de determinación de pena, es cual es el punto del cual debe partir el juez para graduar la pena, en esto tiene aplicación la teoría de determinación de pena que más se adapte a la normativa sustantiva, pero más que ese fundamento –particularmente– opinó que se debe partir de los principios de orden constitucional relacionados a la pena para sustentar un punto de partida, de ahí que si entre nosotros se ha adoptado el sistema de una pena relativamente indeterminada, y que precisamente en el orden penal, en cuanto a las consecuencias jurídicas campea, el principio pro libertatis, el principio pro homine, el principio de mínima intervención penal, el principio de proporcionalidad, el principio de prohibición de exceso, y el principio de resocialización, el principio de personalidad de la pena y la reducción al máximo de consecuencias delictivas en cuanto a la transferencia de la pena; el punto de partida de la pena debe ser el límite mínimo de los tipos penales, los cuales se pueden ir incrementado conforme se aumente el desvalor del injusto personal o el desvalor de la culpabilidad, sólo una pena así concebida funciona como mecanismo de última intervención penal y reduce los efectos nocivos no queridos de la prisionalización que justifican un derecho penal consecuencial garantista que pone como centro y fin al ser humano, conciliando efectos preventivos generales y preventivo especiales positivos por cuanto, partir del mínimo no significa imponer el mínimo, pues este límite menor de la pena se puede incrementar respecto de que concurren mayores desvalores de lo injusto o de la culpabilidad. Partir por ejemplo de la pena media –como ocurre de lege ferenda en otros cuerpos normativos– es una opción que no respeta los principios enunciados, puesto que significa un incremento del merecimiento en concreto del tipo penal, sin ninguna base para su sustento y sin apoyo principalístico.

e) El principio de culpabilidad como límite de graduación de la pena. Es de notoria importancia señalar que aunque se reconozca que la pena tiene fines preventivos, los cuales en alguna medida recalcan la determinación de la pena, estos aspectos están limitados por la culpabilidad del autor, el límite irrebasable de la pena es la culpabilidad, lo cual significa que la pena en su límite de mayor graduación jamás puede rebasar el desvalor de la culpabilidad, independiente de los fines preventivos que se pretendan conseguir con la sanción penal, la culpabilidad es un ámbito irrebasable para la determinación de la pena, no pueden haber pena más graves que la gravedad que se determine para la culpabilidad, ello lo refleja de dos maneras: 1º) la pena no debe exceder de la gravedad de la culpabilidad lo cual se entiende de la intelección: “la pena.... será proporcional a su culpabilidad”; 2º) la prohibición absoluta de que la pena se determine por arriba de la dosimetría en abstracto de la pena, lo cual es así por cuanto se proscribe que: “En ningún caso podrá sobrepasarse el máximo de la pena de prisión que la ley determina”; 3) sin embargo conforme al principio de culpabilidad el juez de manera motivada, puede imponer una pena por debajo de la culpabilidad, e inclusive descender del límite mínimo del tipo penal, siempre que atienda al principio de necesidad de la pena, a la proporcionalidad de la pena en sus límites abstractos y por efectos preventivos especiales positivos que indiquen una menor necesidad de pena; obviamente ello atiende a circunstancias extraordinarias, por que la prescripción de no “pasar los límites mínimo y máximo establecido por la ley para cada delito” es para situaciones ordinarias de merecimiento de pena; pero no para situaciones extraordinarias en los cuales los merecimientos ordinarios de la pena, son ya desiguales para el justiciable, en tal caso concurre sólo una prohibición la de agravación de la pena, pero no la de su determinación en grado menor por razones de una menor culpabilidad o por razones de necesidad de pena.

Cuestión relevante son los criterios de especificación de determinación de pena, respecto de los cuales se abona lo siguiente. (1) Extensión del daño y del peligro efectivo provocado. Este criterio es fundamental para valorar el desvalor del injusto, de ahí que en este punto deben hacerse las graduaciones ya no respecto de los elementos del injusto como circunstancias concurrentes, sino en la intensidad en la cual se han presentado, y como influyen en la pena. Este aspecto cubre todas las diferentes formas de aparición del tipo penal. De ahí que en un delito consumado, habría que valorar, la intensidad en la cual se afectó el bien jurídico, la manera de hacerlo, la menor o mayor afectación del objeto de la acción, que tipo de dolo ha concurrido, con que intensidad, se trata de un tipo penal monofensivo o pluriofensivo; de un delito de efectos permanentes o de estado permanente, tiene el injusto penal consumido otros desvalores típicos que deben tomarse en cuenta; si trata de una relación concursal de delitos, cuantos delitos quedan concursados, si es un concurso formal. Cual es la forma de autoría o de participación, cual ha sido el alcance del dominio del hecho de los coautores y la

relevancia de los aportes; de que tipo ha sido la contribución del partícipe; cual ha sido el alcance del deber objetivo de cuidado, ha concurrido violación de diferentes normas de cuidado; cual es el alcance de representación del resultado no querido; cual es el grado de representación del cuidado debido; cual es la graduación del nexo de imputación del resultado; en que condiciones se conoció el deber de observar una conducta ordenada; cual es la graduación del poder de cumplimiento; los niveles de afectación ante la conducta omitida; la graduación del conocimiento de la situación del deber; la graduación del tipo personal de garante; la graduación de la injerencia; el nivel de control sobre fuentes de peligro. En caso de tentativa, si la conducta fue interrumpida en su inicio –frustración o conato, cuando daba comienzo a la ejecución– o si por el contrario se ejecuto toda la conducta y sólo no sobrevino el resultado –tentativa acabada “o práctica todos los actos tendientes a su ejecución”; la mayor o menor propiedad de los actos dirigidos a obtener el resultado etcétera; en igual sentido la tipología especial indicará particulares desvalores del injusto típico que deberán ser tomados en cuenta, el tipo de violencia, el número de personas afectadas, el tipo de drogas, su cantidad.

En cuanto a los delitos de peligro debe indicarse que en estos debe valorarse el riesgo creado, tanto en su dimensión concreta como abstracta, en estos últimos debe haber una especial ponderación que se trata de riesgos remotos, con lo cual debe hacerse un balance entre el bien jurídico protegido y el derecho fundamental que se restringirá al justiciable, en el sentido de bienes jurídicos más cercanos al principio personalista del bien jurídico deben tener una opción de mayor desvalor, bienes jurídicos más alejados de la visión antropocéntrica del objeto jurídico de protección debe tener un merecimiento de mínima intensidad; por lo que el principio de proporcionalidad indica que la afectación por la cual se opte debe ser la mínima respecto de la pena en cuanto a la especie y duración de la pena, haciendo valer el principio de un derecho penal de mínima intervención y de lesividad en su versión de *nulla poena sine danno y sine neccesitas*.

331

Un solo aspecto debe agregarse los desvalores que se hagan en lo injusto como una graduación, no pueden ser doblemente valorados, de ahí que si se valoran en el contenido del ilícito personal, ya no pueden ser objeto de una nueva valoración, puesto que ello significa un incremento; de aparecer doblemente desvalorados significan –aunque no se diga– que ello ha representado un incremento en el desvalor del merecimiento de la pena con lo cual se ha trasgredido el principio de doble valoración; de ahí el cuidado de examinar si un elemento de lo injusto, puede estar vinculado a otros aspectos que también deben ser valorados, ergo agravantes, en cuyo caso sólo es posible un único desvalor.

(2) La calidad de los motivos que impulsaron el hecho. Este aspecto de vital importancia es uno de las circunstancias más difíciles de escrutar, por cuanto pertenecen al arcano

del sujeto activo, sin embargo deben hacerse algunas precisiones para considerar este aspecto: a) los motivos o móviles no equivalen al dolo, éste último es conocimiento y voluntad de realización del tipo penal, pero ulterior al mismo, esta la motivación de por que una persona se determinó a cometer un hecho delictivo, en muchos casos estas génesis del delito se desconocerán pero ello no significa que no existan, por ejemplo un homicidio no se puede agravar por futilidad, sólo por que se desconocen los móviles del delito; b) los motivos pueden estar requeridos de manera especial en el tipo penal, como móviles especiales de autoría o de ánimo –caso por ejemplo del ánimo de lucro, del animus injuriandi, del ánimo lascivo o del ánimo de corruptas– si ello es así la consideración de tal fundamento de determinación de la pena debe ser único, es decir se prohíben dobles valoraciones, si se desvaloró en el tipo penal, ya no puede ser nuevamente desvalorado, su desvaloración corresponde al injusto; c) si los motivos se han desvalorado como circunstancias agravantes sean generales o especiales, las mismas deben ser valoradas como tales, evitándose la desvaloración como motivos, de igual manera que la anterior, se prohíbe la doble valoración, aquellos móviles que entrañen una especial desvaloración como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, no pueden ser apreciadas como “motivos” de desvalor para incrementar la pena; d) la valoración de los motivos debe ser cuidadosa, por cuanto puede importar bajo una interpretación extensiva criterios de un derecho penal de autor, el cual no está legitimado por cuanto mediante el reconocimiento de la dignidad personal, se acepta el derecho penal de culpabilidad, para el cual el derecho penal de autor cualquiera sea la manifestación que adopte esta proscrita de un derecho penal respetuoso de la dignidad del ser humano; esta área puede tener especial relevancia para la criminología, pero en el derecho penal los motivos para cometer el hecho tendrán relevancia en el aspecto antes mencionado. Los motivos que influyan en el atemperamiento de la culpabilidad y de la pena, pueden ser analizados como atenuantes, dada la gran amplitud que se tiene en ese ámbito, por la configuración de circunstancias atenuatorias por la vía analógica.

3) La menor o mayor comprensión del carácter ilícito del hecho. Como uno de los elementos de la culpabilidad, se concreta en la conciencia de lo ilícito, este aspecto es relevante de ser considerado para graduar la culpabilidad. Aquí no se discute la concurrencia o no de la conciencia de la antijuridicidad, puesto que para ser declarado culpable, tal elemento de lo culpable debe estar satisfecho; por lo que aquí corresponde su graduación que tanto debe desmerecerse el grado de conciencia de lo ilícito en el sujeto, que tanto le será exigible esa formación de conciencia de lo antijurídico. Sobre ello se dirá que es una cuestión de valoración estrictamente personal del justiciable, pero considerándolo respecto de su entorno social y cultural, de ahí que una persona con mayor participación en los niveles de distribución de derechos, le corresponderá un juicio de mayor desvalor, de aquel que ha tenido nulas, escasas o limitadas formas

de participación; es decir a quien tiene mayor posibilidad de conocer y de formarse una conciencia de respeto debe reprocharle en mayor medida, pero siempre teniendo en cuenta el hecho cometido y las circunstancias particulares del agente en relación con el hecho cometido.

Cuestión relevante es indicar que así como el juicio de conciencia de ilicitud es potencial, su graduación participara de esa connotación, pero desde una perspectiva limitada, por cuanto en este caso de la individualización, la graduación de que tan intensa o no puede ser la exigibilidad, se hace a un nivel de individualización mayor por ello, deben tomarse en cuenta los conocimientos, capacidades o habilidades especiales, pero siempre de manera sistemática al hecho realizado, del cual es el que se exige tener una conciencia de lo ilícito. Además esta graduación corresponde tanto si el delito es cometido dolosamente como si es cometido culposamente, aunque los planos en los cuales se hace el juicio de exigibilidad en su graduación son diferentes. Si se trata de un caso en el cual ha mediado error ello debe ser especialmente considerado, por cuanto ha habido un descenso del nivel de exigibilidad en cuanto a la conciencia que se tenía de lo ilícito, lo cual debe ser ponderado de acuerdo a los parámetros del principio de vencibilidad del error, ello debe ser meritudo de acuerdo a cada situación errática y al fundamento normativo en el cual ha recaído.

333

4) Las circunstancias que rodearon el hecho, y en especial, las económicas, sociales y culturales del autor. Este es un parámetro de favorabilidad, como se expresó, en lo perjudicial, todas aquellas situaciones que ya hallan sido desvaloradas conforme a la graduación del injusto penal, ya no pueden ser valoradas en este apartado, por ello insistimos en una condición de pura favorabilidad respecto de la persona del justiciable; en una dimensión amplia quien es la persona del justiciable, cuales han sido sus entornos en los cuales se ha desarrollado, cuales son los déficits que acumula; digamos que este aproximación a la persona del justiciable, funciona al revés que el derecho penal de autor, puesto que mira a la persona culpable, pero no para formularle un reproche de mayor drasticidad, sino para formular una pena más benigna, teniendo en cuenta al ser humano sobre el cual ha de recaer la pena. Todo aquello que haya influido para restar oportunidades a la persona para un mejor desarrollo de su personalidad, debe ser valorado para restar rigor a la pena. En este punto los dictámenes psicológicos y las pericias de estudio social son importantes, por ello estas pericias son obligatorias, para todas aquellas personas respecto de las cuales se presentara un dictamen de acusación; tales cuestiones recalamos no son utilizables para fundar una pena más gravosa, por ello al no existir pericias que informen respecto de las circunstancias predichas, la mínima información que puede ser utilizada es la declaración indagatoria de filiación del imputado, por cuanto esa información sólo servirá para favorecerlo nunca para perjudicarlo.

5) Las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales. Insistir en unas cuestiones: a) la prohibición de la doble desvaloración; todas aquellas circunstancias que ya estén desvaloradas en el tipo penal como elementos del mismo sea en su carácter objetivo o subjetivo ya no son valorables para ser imputadas como circunstancias modificativas; todas aquellas circunstancias que se incluyan en el tipo penal como agravantes específicas, tampoco pueden ser valoradas como circunstancias calificantes generales, por cuanto en perjuicio se vulneraría el principio de prohibición de doble desvaloración. La referencia es a la concurrencia de atenuantes o agravantes generales; b) Todas las circunstancias modificativas deben ser probadas en el debate, ello significa que deben ser acreditadas fácticamente, es decir tienen que tener un sustrato material y apoyarse en su demostración por uno o más elementos de prueba que indiquen su concurrencia objetiva; en tratándose de circunstancias atenuantes el juez tiene una mayor amplitud en su apreciación inclusive de oficio, siempre que la circunstancia este acreditada. Así la demostración de circunstancias agravantes, no se satisfacen con una argumentación o con una valoración normativa, puesto que las agravantes, son circunstancias de hecho que deben ser como todo elemento del delito, probadas más allá de duda razonable, sino concurre su comprobación y su acreditación mediante una motivación fáctica y jurídica la apreciación de la circunstancia agravante, que puede hacer recaer un mayor desvalor en lo injusto o en la personalidad, carece de motivación y ello es un vicio insalvable en la determinación de la pena, siempre que la pena impuesta no sea el mínimo.

334

Como corolario de este precepto debe indicarse que la determinación de la pena, es una ponderación entre desvalor de lo injusto y desvalor de la culpabilidad, es un juicio de dosimetría sobre todos los aspectos de manera integral, dentro de los cuales como ya expresamos tienen amplia participación los principios de culpabilidad, necesidad de pena y de resocialización de ahí que la pena, pueda descender en su dosimetría en atención a estos principios, que vienen a constituir reglas rectoras de la determinación de las consecuencias jurídicas del delito. Cada pena que se imponga debe ser considerada en su graduación, debe estar motivada, sea por delito sea por falta, sea un procedimiento común sea en un procedimiento abreviado; la imposición de medidas de seguridad también están amparadas por el principio de culpabilidad –en sentido amplio– por lo cual deben ser graduadas, sobre tal aspecto nos remitimos al capítulo de las medidas asegurativas.

64

CONCURRENCIA Y VALORACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES O AGRAVANTES

El juez o tribunal apreciará las circunstancias atenuantes o agravantes tomando en cuenta su número, intensidad e importancia.

Las circunstancias atenuantes y agravantes no se compensarán entre sí en forma matemática.

Cuando concurren dichas circunstancias en un mismo hecho punible, el juez o tribunal valorará unas y otras, a fin de establecer la justa proporción de la pena que deba imponer.

El precepto establece unas muy genéricas reglas de valoración sobre la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, destinadas a medir su incidencia sobre la determinación de la pena tanto si unas u otras concurren aisladamente (una sola atenuante o una sola agravante), como si lo hacen varias del mismo carácter (varias atenuantes o varias agravantes) o circunstancias de naturaleza opuesta.

335

Número, intensidad e importancia son conceptos lo suficientemente indeterminados como para que el juzgador pueda aplicar sobre ellos su arbitrio sin verse constreñido por reglas fijas de apreciación, aunque el mero sentido común permite colegir cuál sea el significado y trascendencia de cada una de esas entidades. Así, es obvio que no es lo mismo la apreciación de una circunstancia atenuante o agravante que de varias de ellas o el hecho de que una sola atenuante concorra con varias agravantes o con una, pero bien avisa el Código para que se huya de cualquier automatismo y se desdeñe, por lo general, lo meramente cuantitativo y numérico (p.ej. que la existencia de dos atenuantes y una agravante comporte la única apreciación de una atenuante por extinguirse las otras por compensación), de forma que la intensidad con que se presente la circunstancia (p. ej. no es lo mismo un leve arrebató de ira que la casi obnubilación - art. 29.3]-) definirá adecuadamente su presencia en el complejo a estudiar; obviamente, en sentido paralelo, en cada caso delictivo concreto el abanico de circunstancias tiene mayor o menor incidencia (p.ej. no es lo mismo la reparación del daño -art. 29.4]- mediante la reintegración de una cantidad de dinero a la víctima cuando la misma lo ha sido de un delito contra la propiedad y se le devuelve el dinero sustraído que cuando se abona una cantidad de dinero a los allegados de quien ha sido muerto por parte de

quien lo hizo: en el primer caso desaparecen casi completamente los efectos del delito, lo que no sucede en el segundo).

Con todo, *se flexibiliza la individualización* sin riesgo de arbitrariedad.

Cuando son varias circunstancias -atenuantes y agravantes- las que concurren el juzgador deberá proceder a la compensación racional de unas y otras con arreglo a los criterios genéricos antedichos, *según la calidad de las circunstancias, su intensidad y la incidencia que hayan tenido en el hecho punible, calibrando el valor y relevancia de unas y otras.*

65

PENALIDAD DE LOS AUTORES, COAUTORES, AUTORES MEDIATOS E INSTIGADORES

336 **A los autores, coautores, autores mediatos e instigadores de un delito o falta se les impondrá la pena que para cada caso se halle señalada en la ley.**

La regla general es que la pena señalada en la ley se refiere a quien es autor de la acción que perfecciona el delito, comprendiéndose aquí las varias formas de autoría recogidas en los arts. 33, 34 y 35 del Código.

Es al autor del delito a quien se impondrá la pena señalada concretamente en el precepto que define y sanciona el delito o falta correspondiente.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La norma habilita una pena igualitaria en principio para todos aquellos que intervienen como autores, sea como autores individuales, coautores y autores mediatos; sin embargo por una decisión de política penal, equipara en la penalidad abstracta del tipo penal a los instigadores, quienes no son autores, con lo cual el principio de diferenciación entre autores y partícipes queda bastante maltrecho, por cuanto, al menos respecto del instigador tal distinción de los autores sólo tiene repercusiones dogmáticas pero no nivel de penalidad, con lo cual en un área sensible se hace una equiparación sumamente discutida, puesto que a nivel de desvalor de merecimiento de pena, el instigador que es un partícipe se sitúa al mismo nivel que los autores que no son partícipes; ello es una

cuestión que debe ser examinada con detalle para considerar si concurre o no afectación de principios rectores en materia penal.

Ahora bien, esa equiparación en el merecimiento en abstracto a nivel de tipo penal, ya no impera cuando se trate de merecimientos en concreto, por cuanto aquí se ponderan cuestiones individuales de intervención en el injusto penal y en la propia culpabilidad de cada uno de los intervinientes, por lo que la dosimetría de la pena en concreto puede variar respecto de las personas que han intervenido en el delito. Por ejemplo en caso de concurrencia de varios coautores, no necesariamente todos tienen que ser sancionados con la misma dosimetría de pena, pueden considerarse cuestiones particulares de cada uno de ellos en la intervención en la ejecución del ilícito o de su propia culpabilidad que hagan diferente el reproche de la pena, precisamente ese es el fundamento de una determinación individual de la pena. En igual sentido –sin entrar a considerar afectación de principios– respecto de un instigador que concurre con un autor, debe señalarse que la diferenciación entre autor e instigador debe significar una pena diferente para este último, por cuanto su intervención en el injusto en concreto es de menor entidad, por que como se quiera el instigador para ser tal nunca podrá tener el dominio del hecho y ello es un fundamento importante para diferenciar la pena del autor.

337

También debe expresarse que el modelo seguido es de una agudeza penal, rayana a la trasgresión del principio de indiferenciación externa, que se deriva del principio de culpabilidad, por cuanto hace coincidir la pena de los cómplices –necesarios como no necesarios– con la pena del autor en cuanto al límite mínimo; ello es una situación crítica respecto de la teorías diferenciadoras, por cuanto de muy poca utilidad es distinguir en presupuestos dogmáticos, si a nivel de consecuencias jurídicas se dispensa un mismo tratamiento, que eso es lo que sucede cuando se iguala el mínimo de la pena; digamos que en este caso al menos respecto de los cómplices no necesarios el código anterior era más benigno. Pero además esta misma situación de indiferenciación en la pena se vuelve a reiterar entre los cómplices, por cuanto cooperadores necesarios y no necesarios son igualados nuevamente en el límite mínimo de la pena, señalando un mismo desvalor para quienes un desmerecimiento diferenciado en la intervención del delito.

Precisamente ese sistema de igualar a cómplices respecto de autores con el límite mínimo de la pena del tipo penal, ha propagado disfunciones verdaderamente críticas en la determinación de la pena, por cuanto, esa opción ha generado por una cuestión sistemática de la tipología penal, que al considerarse en concreto el merecimiento de pena, se llegue a la angustiosa situación de que los cómplices se encuentran ante un sistema de penas fijas, que no permiten una graduación de su culpabilidad en el injusto

en el cual han intervenido; con lo cual el principio de culpabilidad se ve seriamente comprometido en su aspecto esencial de que la pena que corresponda debe ser proporcional a la culpabilidad, lo cual es imposible de obtener si se tiene un sistema de pena fijo, ello ha sido pulcramente ejemplificado por el comentarista original lo cual es una cuestión que no puede quedar relegada, en virtud de lo cual debe prevalecer una interpretación conforme con la Constitución que permita la no alteración del principio de culpabilidad en cuanto a la diferenciación de la pena, por que sería excesivo sancionar a un cómplice con la misma penal del autor. De ahí que necesariamente deba acudir a la regla de no exasperación que es un referente normativo por el cual se mantendrá la pena diferenciada entre autores y cómplices, en tal sentido la dosimetría de la pena oscilará entre la pena impuesta al autor, la cual deberá ser necesariamente aquella que respete el marco de no exceso de las dos terceras partes respecto del cómplice; a esa única solución lleva un derecho penal que se olvida de las consecuencias sistemáticas de la dogmática penal, por perseguir simplemente un mayor endurecimiento punitivo. Punto importante –como sucede en la práctica– es que el enjuiciado sea únicamente el cómplice, sin que se este enjuiciando al autor o se conozca siquiera quien es. En tal caso la única opción, cuando el autor no esta presente, la única opción que permita mantener a salvo el principio de la indiferenciación es, hacer el calculo de pena de no exceso de las dos terceras partes desde el límite mínimo de pena del tipo penal, por que en todo caso nunca la pena impuesta al cómplice podrá igualar la pena del autor, esta solución es posible mediante una interpretación *in favor rei*, *pro-homine* y *pro-libertatis* que son compatibles con un derecho penal concebido como mecanismo de última intervención y con una configuración de la pena que se rija por los principios de proporcionalidad y de necesidad.

338

66

PENALIDAD DE LOS CÓMPICES

La pena del cómplice en el caso del numeral 1) del artículo 36 de este Código, se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena y en el caso del numeral 2) del mismo artículo, se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y la mitad del máximo de la misma, pero en ningún caso excederá de las dos terceras partes de la pena que se imponga al autor.

Como ya vimos al comentar el art. 36, el mismo recoge dos supuestos de participación en el delito al lado del autor en sentido amplio: *el cooperador necesario y el cómplice no necesario*. Resulta obvio que la contribución de uno y otro al delito es distinta en cuanto a su intensidad y por ello ha de ser diferente el juicio de reproche que se haga. En atención a tal extremo, el precepto refiere un distinto tratamiento punitivo para uno y otro, pudiendo desmembrarse su desarrollo en las siguientes reglas:

1ª) *Nunca el cómplice, en cualquiera de sus formas, podrá ser castigado con pena que exceda las dos terceras partes de la que se imponga al autor.* Téngase en cuenta que las amplias posibilidades de arbitrio judicial en la imposición de la pena permiten prácticamente al juzgador moverse en toda la extensión de la pena prevista en la ley, lo que constriñe en gran medida las posibilidades de fijación de la pena de los cómplices, siempre sometido ello al límite antedicho y con la posibilidad real de equiparar punitivamente a autores y cómplices, toda vez que, aunque el espíritu que informa este precepto es el de dispensar un trato punitivo más benigno para los segundos, puede darse el caso de que el deseo de limitar el alcance de la pena a imponer a los autores deje prácticamente sin posibilidades de minorar la pena a imponer a los cómplices.

2ª) *A reserva de lo anterior, la pena del cooperador necesario se extiende desde el límite mínimo de la pena señalada por la ley para el delito hasta las dos terceras partes de su máximo.*

339

3ª) *A reserva de la regla primera, la pena del cómplice no necesario se extiende desde el límite mínimo de la pena señalada por la ley para el delito y la mitad de dicho máximo.* De nuevo decir que la pretensión del legislador es que no coincida el tratamiento punitivo del cooperador necesario y del cómplice no necesario, sin perjuicio de que tampoco se proscriba que ello suceda, pudiéndose ver notoriamente limitadas en la práctica las posibilidades efectivas de movimiento del arbitrio judicial por el límite que supone la aplicación de la regla primera.

La práctica enseña que lo más adecuado es fijar primero la pena que se entiende idónea para los autores, haciendo abstracción por el momento de que existen otros partícipes en el delito, pues, en caso contrario, se puede caer en la tentación de exacerbar sin demasiada justificación la pena de los primeros para buscar artificialmente un cierto campo de movimientos para el desarrollo de la punición de los segundos.

La redacción del precepto lleva a una situación un tanto absurda y de muy difícil solución si se hace una interpretación puramente gramatical, que no puede llamar a equívocos.

Como quiera que para la punición de los cómplices el mínimo legal de la pena señalada para el delito es inamovible, siendo el mismo la pena más baja que se les podrá imponer, nos encontraremos en la parte especial de este Código con continuas situaciones como la que exponemos: pensemos en un delito de homicidio simple del art. 128 en el que la pena señalada es de diez a veinte años; al cómplice en sentido estricto le corresponderá una pena cuyo mínimo será “el mínimo legal que corresponde al delito”, es decir, diez años, mientras que el tope máximo será “la mitad del máximo”, es decir, diez años, con lo que el juzgador se ve abocado a imponer una pena de diez años, ya que carece en absoluto de arbitrio judicial, lo que anula cualquier posibilidad de adecuación de la pena e individualización de la misma, siendo especialmente grave que lleve a tratar de la misma forma a todos los posibles cómplices que puedan existir.

Más absurdo todavía es que acudamos a otro supuesto que también podrá encontrarse abundantemente en la parte especial. Pensemos en la violación del art. 158, donde la pena señalada es de seis a diez años. Visto lo anterior, el cómplice tendría como tope mínimo la pena de seis años, pero la determinación del tope máximo por la regla establecida nos llevaría a una pena de cinco años, situación de nuevo absurda que no es posible porque no puede rebajarse el tope mínimo y de nuevo anula cualquier posibilidad de arbitrio judicial para adecuar la pena.

340

El problema técnico planteado no tiene desde luego fácil solución por la mera vía de la interpretación, ya que ello puede llevar a tener por no escrito lo que lo está, inventando prácticamente una redacción distinta, labor que excede a la del mero aplicador e intérprete del derecho.

67

COMUNICABILIDAD DE CIRCUNSTANCIAS Y CUALIDADES

Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno o algunos de los autores y partícipes, solo se tendrán en cuenta respecto de quien concurra o de quien hubiera actuado determinado por esas mismas circunstancias o cualidades.

La misma regla se aplicará respecto de circunstancias y cualidades que configuren un tipo penal especial.

El supuesto se refiere a los casos de codelincuencia, respecto a la *comunicabilidad a los partícipes de las circunstancias que modifican la responsabilidad criminal, así como de los subtipos agravados o atenuados*, es decir, la aplicabilidad de las circunstancias que concurren en la persona de alguno de los codelincuentes o en la modalidad de ejecución al conjunto de los intervinientes.

Según su naturaleza, puede hablarse de circunstancias subjetivas y de circunstancias objetivas: las primeras se vinculan al autor y las segundas al hecho.

Las circunstancias subjetivas sólo se aplican a aquellos en quienes concurren, mientras que las objetivas afectan a aquellos que en el momento de cooperar con su acción a la ejecución del resultado las han abarcado en su dolo: *las subjetivas son pues incommunicables y las objetivas se comunican a aquel partícipe que conoce su existencia y actúa desde la premisa de dicho conocimiento*. El fundamento de tal regla es el principio de culpabilidad por el hecho, conforme al cual la atribución de responsabilidad no debe considerar circunstancias ajenas al sujeto enjuiciado, a quien, o bien no afectan, o bien no ha conocido y querido su realización.

Comúnmente se vienen considerando *circunstancias subjetivas* las siguientes:

341

- 1) La *disposición anímica del autor* cuando comete el hecho o tras su ejecución.
- 2) Las *relaciones particulares que unen al autor con el ofendido*.
- 3) Cualesquiera *otras causas que definen y particularizan la persona del autor*.

Entre las *circunstancias objetivas* se señalan las siguientes:

- 1) Las ligadas a la *ejecución material del hecho*.
- 2) Los *medios empleados para realizar la ejecución*.

La *aplicación* concreta de tales principios no está exenta de dificultades, toda vez que *si hay un acuerdo previo* de voluntades respecto a llevar a cabo la ejecución del hecho bajo unas determinadas circunstancias no resulta problemática la comunicabilidad de dichas circunstancias según su naturaleza, mas *cuando no existe dicho acuerdo previo* y la circunstancia aparece en el momento de la ejecución es preciso examinar en detalle cada caso, atendiendo fundamentalmente a la opción del sujeto respecto al aprovechamiento de la circunstancia, sus posibilidades de obrar de otra manera distinta o de hacer que se obre de otra manera distinta (dominio funcional del hecho).

El precepto se refiere no sólo a las circunstancias modificativas sino también a las que *se incluyen en un tipo penal para definir y sancionar un delito especial*, las cuales suelen traer consigo la normal consecuencia de modificar la pena atenuándola o agravándola.

Cuestión diversa de la anterior es la que se refiere a los *delitos en los que se definen determinadas condiciones que califican al posible sujeto activo*, donde autor en sentido estricto sólo puede serlo la persona en quien concurren tales circunstancias, sin perjuicio de que terceros puedan tener una participación accesorio, por ejemplo como cómplices o instigadores. Sin embargo, en estos casos no estamos ante una circunstancia que influya en la determinación de la pena, sino ante un elemento integrante del tipo.

68

PENALIDAD DE LA TENTATIVA

342 La pena en los casos de tentativa se fijará entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la pena señalada al delito consumado.

La regla no presenta especiales problemas en cuanto a su interpretación y aplicación. Así, por ejemplo, en un delito como el de homicidio simple del art. 128, donde la pena del delito consumado está comprendida entre los diez y los veinte años, la pena de la tentativa estaría comprendida entre los cinco y los quince años.

Unicamente destacar como comentario que, haciéndose eco de determinadas corrientes de pensamiento jurídico que postulan que la conducta consumada y la intentada son acreedoras del mismo reproche punitivo en tanto que demuestran similar peligrosidad y reprochabilidad en el sujeto activo del delito, quien no ha visto consumada su acción por circunstancias ajenas a su pretensión, sin que por ello deba verse favorecido, el Código desarrolla una regla de tal amplitud que *permite que la conducta consumada y la intentada puedan ser objeto de reproche de similar trascendencia*, toda vez que la pena del delito intentado, en su mitad superior, coincide con la que sería imponible al delito consumado.

69

PENALIDAD EN CASO DE ERROR VENCIBLE

En los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de responsabilidad penal el juez o tribunal fijará la pena entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo de la pena señalada para el delito.

De igual manera se fijará la pena en los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de justificación.

El precepto recoge la regla punitiva que rige para los casos de error vencible, cuyo tratamiento se hace en el artículo 28 del Código.

Teniendo en cuenta que la institución del error en la ciencia jurídica moderna distingue entre error de tipo y error de prohibición, la redacción del precepto contiene sin duda un defecto de técnica legislativa, ya que en su forma actual vemos que prácticamente se está refiriendo en los dos párrafos a lo mismo, ya que se repite la mención de la “ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”, algo que carece de lógica.

343

Más bien habría que pensar que el segundo párrafo debe tratar de regular el *error vencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal* o de una causa de justificación. Sólo de esta manera el precepto sería técnicamente correcto y habría un adecuado parangón con lo que se regula en el artículo 28. Parece que este criterio está amparado por el conocimiento que tenemos acerca de los trabajos legislativos en curso a la hora de redactar este trabajo, tendentes a la concreta modificación de esta norma.

70

PENALIDAD DEL CONCURSO IDEAL

En caso de concurso ideal de delitos, se aplicará al responsable la pena que le correspondería por el delito más grave, aumentada hasta en una tercera parte.

Si los delitos concurrentes tuvieren determinado en la ley el mismo máximo de pena, el tribunal determinará el delito que a su juicio merezca mayor pena y la aumentará hasta en una tercera parte de la misma.

Las reglas anteriores no tendrán aplicación, si le resultare más favorable al reo la imposición de todas las penas correspondientes a los delitos concurrentes, de conformidad a la determinación que haga de las mismas.

344 Como el concurso ideal tiene como presupuesto una acción única, que siempre resulta menos reprochable que una pluralidad de acciones, se pretende imponer una pena única corrigiendo eventuales excesos con el límite que resultaría de penar todos los delitos en concurso real.

El tratamiento punitivo va desde la regla general, presidida por una idea de exasperación, hasta la subsidiaria, inclinada al criterio de acumulación material.

Se tiende pues, como regla general, a la absorción de la pena o penas correspondientes a los delitos menos graves por aquélla que la ley señale a la infracción más grave, aumentada hasta en una tercera parte, si bien esta regla cede en favor de la acumulación cuando, si se penan separadamente los hechos punibles involucrados, ello le resulta más favorable al reo.

Las penas deben ser precisadas en concreto, atendiendo a cada delito en función de las circunstancias coexistentes y, en particular, el grado de ejecución, la forma de participación y las circunstancias modificativas de la responsabilidad, es decir, atendiendo a las reglas generales de determinación de las penas.

Una cierta falta de claridad en la forma de redactar el precepto puede hacer equívoca la regla a seguir: ¿cuál es la pena a la que se llega por aplicación de la regla del párrafo primero, la que va *desde el mínimo* de la del delito más grave hasta su máximo incrementado en un tercio o la que va *desde el máximo* de la del delito más grave hasta

su máximo incrementado en un tercio? La idea de exacerbación punitiva que informa la regla parece, en principio, que siempre obligaría a castigar el concurso por encima del máximo punitivo de uno de los delitos que lo integran, mas una correcta interpretación gramatical del precepto nos dice que la pena resultante es la del delito más grave, sólo que con máximo superior resultante de incrementarlo en un tercio.

La dinámica a seguir por el juzgador parte de determinar entre los delitos concurrentes para la formación del concurso el de mayor gravedad, lo que en principio se predicará de aquél que tenga un máximo punitivo superior, referencia ésta de la que se partirá para concretar su tercera parte, la que, sumada a dicho máximo, significará el límite superior de la pena a imponer, la cual, caso de optarse por la aplicación de esta regla general, quedará comprendida hasta ese límite obtenido de la forma descrita.

A título de ejemplo, si en un supuesto de concurso ideal nos encontráramos con la comisión de dos delitos consumados de aborto y homicidio, respectivamente, de los arts. 134 y 128 del Código, es claro que el delito de mayor gravedad es el de homicidio, que tiene superior límite máximo (veinte años frente a diez años); la aplicación de la regla general nos lleva a fijar primero el límite máximo de la exacerbación punitiva, que se corresponde con el incremento en su tercera parte del referido límite máximo -seis años y ocho meses-, luego la citada exacerbación impuesta por la situación de concurso ideal se concretará en una pena comprendida entre diez años y veintiséis años y ocho meses, tras lo cual, atendidas las circunstancias concretas del caso, se establecerá un juicio hipotético acerca de si al sujeto le resulta ello más favorable que la punición que le pudiera corresponder castigando los delitos de homicidio y aborto por separado.

345

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Algunas cuestiones puntuales deben señalarse respecto de la penalidad concursal: a) de la integración completa del precepto se nota ampliamente que subyacen dos principios rectores en la determinación de la pena concursal, el primero de ellos es el de mínima intervención penal, el segundo es el principio de readaptación, de ahí que en materia de pena concursal la tendencia es a imponer penas no severa por acumulación de delitos; ello es plausible, puesto que ante la realidad de unas penas más gravosas, el principio de no exasperación de la pena es el que limita el quantum de la penalidad siempre en beneficio del justiciable, así lo indica el inciso final que en lo pertinente señala: “las reglas anteriores no tendrán aplicación si le resultare más favorable...”. De ahí que las reglas de graduación de penas estén sostenidas por la favorabilidad y así deben ser interpretadas, pues sólo la interpretación restricta es la que se admite en derecho penal.

b) El sistema de penalidad señalado es el conocido como de consunción agravada de penas, por lo cual la pena del delito más grave consume a la pena del delito menos grave, al cual se agrega por los efectos cumulativos un aumento agravatorio, ello obedece al principio *poena maior consumet poenam minorem*. Ahora bien este sistema de graduación de penas, no puede escindirse de los parámetros de determinación de pena generales, los cuales deben siempre cumplirse y de ahí se determinara la pena que corresponde al delito más grave, al cual se le aumentara hasta una tercera parte.

c) Punto medular es la interpretación de la cláusula de agravación que precisa. “la pena que le correspondería por el delito más grave, aumentada hasta en una tercera parte”. Bajo la égida de una interpretación restrictiva, debe señalarse que el precepto no esta indicando un máximo de la pena del tipo penal, como primer límite de la penalidad concursal, sino de aquella pena que le correspondería por el delito más grave, ergo la referencia es al delito más grave y no a límites máximos del delito más grave; lo anterior tiene plena fundamento si se nota que se trata de la determinación de la pena, por lo que significa que la pena debe ser graduada de acuerdo al desvalor de lo injusto y a la proporcionalidad de la culpabilidad, de ahí que una vez ponderada la pena en concreto que corresponde al delito más grave, que no tiene por que ser necesariamente el máximo –a menos que el desvalor del injusto y de la culpabilidad lo requieran– entonces corresponde aumentar hasta una tercera parte, respecto de la pena en concreto ya determinada. En suma la regla de penalidad no requiere que se imponga el límite máximo de la pena del delito más grave, requiere que se imponga una pena en concreto del delito más grave que puede oscilar del mínimo a su máximo y que sobre esa pena impuesta, se aumente si es necesario hasta una tercera parte, según lo requiera el desvalor completo de los injustos culpablemente cometidos en atención a otros fundamentos de determinación de pena. Y si en tal caso la pena impuesta en su totalidad fuera desfavorable, debe entonces atenderse al límite de la no exasperación e imponer las penas por cada hecho individualmente considerado por tener esa acumulación de penas una pena conjunta más benigna.

d) así en el ejemplo escogido por el comentarista original, si el homicidio simple tiene una pena de diez a veinte años, y el aborto sin consentimiento pena de cuatro a diez años. Resulta que el delito de mayor gravedad es el de homicidio, en tal caso después de haberse realizado los desvalores de injusto y graduación de la culpabilidad, determinarse la pena en concreto del homicidio, que según los resultados de la graduación anterior podría oscilar entre el mínimo y el máximo de la pena del homicidio, es decir entre los diez a los veinte años. Si el juez de acuerdo a los criterios de valoración hubiese impuesto quince años de prisión como pena correspondiente por el delito más grave, a esa pena podría aumentarle hasta una tercera parte, con lo cual el parámetro se extendería de quince años hasta veinte años que sería el contenido máximo de la

tercera parte; determinado ya esos límites correspondería decidir de acuerdo al desvalor del injusto común a la gravedad de la culpabilidad y a los principios rectores de determinación de pena cual es la pena concreta que se impondría entre la pena de doce años hasta la de dieciséis años de prisión, es decir entre la pena correspondiente al delito más grave y el aumento de la tercera parte. Digamos que en este caso hipotético el juez de acuerdo a los parámetros de determinación se decide por veinte años de prisión.

c) con el mismo ejemplo puede matizarse el uso de la regla de no exasperación, decidida que ha sido la pena en concreto por el delito más grave, en esta caso quince años de prisión; el juez entiende que por el delito de aborto sólo corresponde imponer el mínimo de la pena, es decir cuatro años de prisión que el límite mínimo de la pena del aborto. En tal caso la sumatoria de la pena, se corresponde así: quince años de prisión por la pena del homicidio más cuatro años de prisión por la pena del aborto, suman diecinueve años de prisión, con lo cual la pena acumulada de veinte años de prisión sería más grave, en tal sentido el tribunal puede aplicar la regla de no exasperación e imponer las penas separadamente. Empero si por ejemplo por lo mitigado de los desvalores, el juez decidiera imponer como pena correspondiente por el delito más grave la de doce años de prisión; el aumento de una tercera parte podría alcanzar hasta dieciséis años de prisión, por lo cual el Tribunal de acuerdo a los desvalores concurridos podría imponer por ejemplo catorce años de pena de prisión.

347

71

PENALIDAD DEL CONCURSO REAL

En caso de concurso real de delitos se impondrá al culpable todas las penas correspondientes a los delitos que haya cometido, a fin de que las cumpla sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad, comenzando por la pena mayor, pero el conjunto de las penas impuestas, en ningún caso podrá exceder de setenta y cinco años.(13)(15)

El precepto responde a un *criterio de acumulación matemática* para el cumplimiento de las penas impuestas en caso de concurso real, si por la naturaleza y efectos de la pena no puede llegarse a un cumplimiento simultáneo.

La regla general impuesta por el precepto es que a cada delito o falta debe corresponder una pena.

La regla general sobre cumplimiento de las penas es que éste sea simultáneo y la excepción, para el caso de imposibilidad material de lo anterior -por la naturaleza o efectos de la pena-, es que ese cumplimiento sea sucesivo.

Debe entenderse que el *art. 45 del Código expone por un orden de gravedad* el catálogo de las que son consideradas penas principales, determinándose entre las privativas de libertad la gravedad considerando que la prisión resulta más grave que el arresto de fin de semana y éste que el arresto domiciliario.

En general se asume que las penas privativas de libertad son más graves que las restrictivas de derechos y éstas que las pecuniarias; dentro de las penas de igual clase, la más grave es la que tiene un máximo más alto y, si éste es el mismo, la que tiene superior mínimo.

348 No habrá *problemas de simultaneidad* cuando se trate de penas privativas de libertad, resultando obvia la relación de mayor a menor gravedad que hay entre las penas de prisión, arresto de fin de semana y arresto domiciliario respectivamente; tampoco hay problema alguno de ejecución simultánea entre las penas privativas de libertad y la de multa, vista la divergente naturaleza de una y otras; sin embargo, resulta obvio que la pena de prestación de trabajo de utilidad pública, compatible en su ejecución con la de multa, sólo podrá hacerse efectiva, si convive con penas privativas de libertad, una vez que éstas se hayan extinguido.

Teniendo en cuenta que el párrafo segundo del art. 46 prevé la posibilidad de que las penas de inhabilitación sean impuestas como principales, se plantea el problema de si es posible su cumplimiento simultáneo con las privativas de libertad; si se permitiera una ejecución simultánea, resulta obvio que las penas de inhabilitación quedarían absorbidas por las privativas de libertad, lo cual no parece ser querido por el precepto, que desea la ejecución de todas las penas impuestas; sin embargo, aunque tal enunciado parece bien construido desde el plano de la teoría, no parece que deba obrarse así en la práctica, toda vez que nos podríamos encontrar con que el sujeto en quien no se ejecuta la pena de inhabilitación durante la ejecución de la prisión no puede ejercer en realidad los derechos de los que la inhabilitación le privaría, viéndose privado de ello una vez que sale en libertad, lo que implica que en realidad se ha prolongado sobre manera la situación real del sujeto como inhabilitado. Si se trata de penas de arresto de fin de semana, la peculiar naturaleza de esta pena no parece ser óbice a que la ejecución de la misma se simultanee con una pena de inhabilitación.

Cuando se trata de *penas accesorias*, el último párrafo del art. 46 resuelve expresamente la cuestión al predicar que el cumplimiento de las penas accesorias será simultáneo con el cumplimiento de la pena principal, lo cual supondrá sin duda en la mayoría de los casos una real absorción de la accesoria por la principal.

El *límite punitivo máximo que supone la prisión de treinta años* tiene como consecuencia que dejarán de cumplirse las penas privativas de libertad una vez llegado ese límite, no ofreciendo el precepto ninguna duda interpretativa sobre la aplicación exclusiva del límite a las penas privativas de libertad, con exclusión de aquéllas que tengan otra naturaleza.

La referencia de la regla punitiva al concurso real y el hecho de que la definición que de éste se da en el art. 41 haga taxativa exclusión de las sentencias ejecutoriadas no impedirá ciertas exacerbaciones punitivas que, por acumulación, deparen para ciertos delincuentes en la práctica un internamiento de por vida, cuestión odiosa desde el punto de vista del tratamiento penitenciario.

JURISPRUDENCIA.

“Imperativa consecuencia de lo anterior, es que el legislador secundario está constitucionalmente obligado a establecer un máximo temporal en la fijación de las penas privativas de libertad, ya que de no hacerlo, quedaría legalmente autorizado que la determinación individual de las penas –sobre todo en casos de concurso de delitos– se convierte en la práctica en la condena a una pena perpetua. Se evidencia pues, que es obligación constitucional que la ley penal –común o especial– establezca ese máximo temporal durante el cual un condenado guardará prisión y será sometido al respectivo tratamiento penitenciario. Hay que aclarar que la determinación en abstracto de tal monto máximo de la pena es facultad libre del Órgano Legislativo, pero la misma debe responder a un criterio de razonabilidad para no violentar la regulación constitucional del fin de la pena que –es importante recordarlo– es la resocialización del delincuente y no la inflinción de un castigo por el mal producido (...) Se reitera aquí que es constitucionalmente obligatorio para el legislador secundario, la fijación de un máximo de privación de libertad a la que una persona puede ser condenada para que la condena no se convierta en la práctica en una pena perpetua; y aunque la determinación del tiempo máximo de prisión es libre facultada del legislador el mismo debe ser razonable para no violentar la función de la pena constitucionalmente regulada. (Inconstitucionalidad, 14-02-97)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

También conviene aquí señalar unas cuestiones importantes respecto de lo dicho por los comentarios originales: a) la adhesión a la postura de una ejecución simultánea ante penas de distinta naturaleza, debe aquí regir el principio de necesidad de pena, por lo que se impone una interpretación restrictiva en este aspecto, ello es compatible con un derecho penal limitado por el principio de mínima intervención.

b) Es importante anotar también el comentario realizado desde una perspectiva material en el sentido que la acumulación de penas cuando se quiebra la regla de sentencia ejecutoriada por hechos sentenciados significaría “para ciertos delincuentes un internamiento de por vida, cuestión odiosa desde el punto de vista del tratamiento penitenciario”. Lo anterior que en nuestra realidad es totalmente cierto, por cuanto diversas personas son llevados a juicio, por una sucesión de hechos anteriores, los cuales al ser sometidos a un enjuiciamiento sucesivo –por las razones que sean– cuando son condenados por primera vez, parecería formalmente que se superado la regla de sentencia previa del concurso real y que las penas se pueden acumular de manera sucesiva hasta su total cumplimiento, aunque ello signifique cumplimientos de pena sucesivas que lleven a verdaderas cadenas perpetuas.

350

c) Sobre lo anterior –a mi juicio– debe de tenerse claridad que el principio de prohibición de acumulación de penas desproporcionadas que se construye a partir de la regla de la sentencia ejecutoriada, no es sólo un principio formal, sino que es un principio material que se sustenta en unos principios de índole constitucional de mayor jerarquía que no están sometidos a la legislación secundaria, y que deben ser observados en fiel cumplimiento a la Constitución por los funcionarios y autoridades del Estado quienes al tomar posesión de su cargo protestaron: “ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes y resoluciones que la contraríen...”. En tal sentido, si la Constitución prohíbe las penas perpetuas, no se puede llegar a las mismas por la aplicación formal de un precepto de índole infraconstitucional, cuya finalidad precisamente es prohibir penas excesivas, esta materialidad del precepto de concurso se conecta inescindiblemente con la proscripción de penas que puedan adquirir el contenido de perpetuas, tras esta prohibición obviamente subyace el principio de dignidad humana, que prohíbe que al ser humano se le puedan afectar de manera esencial el núcleo de sus derechos, en este caso el derecho a la libertad, el cual sólo puede ser objeto de restricciones razonables.

c) En suma, que las penas posteriores a sentencias ejecutoriadas, no se acumulan sucesivamente, siempre y cuando los hechos se hallan realizado antes, de la

pronunciación de la sentencia, aunque sea posterior su sometimiento a juicio; la regla de quebrantamiento del concurso real en cuanto a la unificación de las penas, esta sólo para hechos cometidos posteriormente a la condena; si son hechos anteriores la regla no opera materialmente y las penas deben acumularse para ser cumplidas simultáneamente en un misma condena, y no de manera sucesiva, por cuanto la prohibición material de cadenas perpetuas devenida de la misma Constitución se impone por su carácter primario, el cual no puede ser alterado por ninguna norma o interpretación de leyes secundarias. De ahí que materialmente opere el denominado concurso material de unificación de penas o concurso material retrospectivo de penas, el cual es aplicable en razón del mismo Art. 27 que prohíbe las penas perpetuas.

d) En virtud de lo anterior debe indicarse que en un principio el concursos real se afirma por el axioma *quot delicta tot poenae* que da origen al principio de acumulación de penas, por el cual, al justiciable deben serle impuestas todas las penas correspondientes a las múltiples infracciones cometidas; sin embargo como dicho fundamento de Derecho Penal, no esta erigido sobre el principio de dignidad humana, sino sobre un expiacionismo exacerbado que no es hijo de nuestra época más humanista del derecho penal, el mismo ya no puede ser sustentado sobre parámetros absolutos, por lo cual los límites que se le señalan —en los Estados que de verdad respeten la dignidad humana— son los de prohibición de la cadena perpetua, nuestra Constitución se erige sobre una visión humanista, que respeta esa herencia de la cual nos sentimos partícipes, por lo que el principio absoluto de acumulación de penas, se encuentra limitado por el principio material de prohibición de penas perpetuas, con lo cual se corresponde una limitación jurídica que por su alto rango no opera sólo en aspectos formales sino en aspectos materiales. De ahí que las penas no pueden ser acumuladas llegándose materialmente a una pena perpetua, ello esta absolutamente proscrito por la Constitución.

351

e) Respecto de la reforma que extiende los límites del concurso hasta setenta y cinco años de prisión por acumulación de penas. Indicamos los mismos comentarios que ya formulamos al examinar la reforma del artículo 45 N° 1 son aplicables en toda su extensión a este precepto.

72

PENALIDAD DEL DELITO CONTINUADO

En caso de delito continuado se sancionará al culpable por un único delito, con el máximo de la pena prevista para éste.

La regla penológica responde *al principio de la absorción* con agravación evitando el trato más severo que hubiera correspondido a la pluralidad de delitos cometidos en virtud de la aplicación de las reglas de la acumulación material.

Se consolida la idea de que, movido el sujeto por un único propósito que se desglosa en varios actos, el mismo comete un único delito, en el que debe contemplarse no obstante que el ataque se multiplica a través de acciones reiteradas y eventuales sujetos pasivos plurales, lo que exacerba las consecuencias negativas de la acción y el juicio de reproche al que el sujeto activo se hace acreedor.

352 La *solución penológica* resulta sencilla: la *aplicación de la pena correspondiente al delito en su límite máximo*, situación ciertamente un tanto atípica al ser costumbre de los textos penales el dejar cierto arbitrio a los órganos jurisdiccionales a la hora de determinar la pena, arbitrio que obviamente desaparece en este caso con tan estricta regla de aplicación, cuestión no exenta de posibilidades de llevar a *soluciones no proporcionales entre sí*, toda vez que resulta obvio que construcciones parecidas de delitos continuados se verían abocadas a una misma consecuencia punitiva, aun siendo diferente el juicio de reproche al que las mismas se hagan acreedoras.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El Artículo en principio no presenta ninguna dificultad pero ello sólo es aparente, en razón de lo anterior se exponen algunas cuestiones:

a) En el delito continuado, la especial consideración de la imposición de la pena máxima, no es justificante para que no se realice la determinación del desvalor del injusto y la graduación de la culpabilidad por el injusto cometido, por cuanto esta exigencia se deriva de manera directa del principio de culpabilidad, el cual se asienta en el artículo 12 Cn.

b) La determinación de penas fijas, es atentatoria del principio de culpabilidad que establece como garantía que la pena debe ser proporcionalidad a la culpabilidad, una pena fija no permite graduar la culpabilidad del autor, la cual de por afirmada de manera presunta y en el ámbito más gravoso, la acumulación de infracciones delictivas, que se erigen únicamente sobre el desvalor de lo injusto no pueden suplir la valoración y graduación de la propia culpabilidad; por cuanto injusto personal y culpabilidad son dos categorías diferentes, de ahí que la pena no puede estar sustentado sólo respecto del desvalor del injusto o presumida la culpabilidad por la gravedad del injusto, ello repetimos atenta contra el principio de culpabilidad, y esto lo afirmamos sin desconocer que el delito continuado tiene una finalidad de no agravación de la pena, pero esta teleología punitiva, no es suficiente para no garantizar que la culpabilidad debe ser desvalorada y graduada, para ello se requiere de penas que admitan graduación y no de un sistema de penalidad fija que no admita graduación.

c) Ciertamente en la penalidad del delito continuado podrían suscitarse cuestiones intolerables, de no tenerse prudencia en la cuestión de la aplicación de la pena. Así debe indicarse que la formulación del delito continuado puede concurrir con la ejecución de dos conductas, ello es así por cuanto el precepto del artículo 42 CP estatuye que: "Hay delito continuado cuando con dos o más..." de tal manera que la ejecución de dos conductas como mínimo cometidas bajo los presupuestos requeridos permiten formular la imputación de un delito continuado. En este supuesto nótese que la pena con la cual se sanciona el delito continuado es la misma, el máximo de la pena por un único delito de ahí que en el caso propuesto al agente se le sancionaría con la pena máxima del delito cometido, entendido este como un delito continuado. Sin embargo dicha solución es insatisfactoria para esta forma mínima del delito continuado, por cuanto, la graduación del injusto penal y de la culpabilidad pueden informar de una pena de menor rango contraria a la que se impone por el delito continuado.

d) Un ejemplo sobre lo anterior permite medir el exceso punitivo en el cual se puede caer, respecto de la punibilidad del delito continuado, violando a su vez el principio de prohibición de exceso de la pena. Si una persona comete dos hechos constitutivos de un delito de hurto en tiempo y espacio diferente; por cuanto realiza unas sustracciones de un dinero que se encuentra en una gaveta y que es propiedad de una misma persona, esperando que esta última duerma su siesta para sustraer dicho bien mueble ajeno y apoderarse del mismo. Es obvio que se satisfacen los presupuestos del delito continuado, al haber concurrido al menos la ejecución de dos tipos penales, realización bajo unas similares condiciones, unidad de dolo, afectación del mismo bien jurídico. La pena que debe dispensarse es la máxima para este delito, misma que sería de cinco años de prisión. Sin embargo si se impusiera la pena mínima por cada uno de los delitos, según la especial determinación que resultase de la pena, el resultado sería una pena de dos

años de prisión por cada delito, cuestión que a su vez puede impactar en la suspensión de la ejecución de la pena.

d) Ante tal situación debe considerarse que el delito continuado es una ficción de unidad jurídica que persigue que las penas no sean excesivas en cuanto a los hechos cometidos; si ello es así, la misma ficción les comunica al concurso ideal teleológico, que son dos hechos bien diferenciados pero unidos desde una decisión jurídica que les da sincretismo; en tal sentido me parece que una interpretación *in bonam partem* puede homologar la regla de no exasperación del concurso ideal al delito continuado, en el sentido de que si al justiciable le es más favorable la imposición de las penas de manera individual por cada delito, debe imponerse estas penas y no la única penalidad del delito continuado, que se erige sobre una pena máxima.

73

PENALIDAD DEL DELITO MASA

354 En caso de delito masa se impondrá al culpable el doble del máximo de la pena prevista para la defraudación; excepto cuando siendo posible aplicar las reglas del concurso de delitos o del delito continuado, resulte una pena mayor, pues en este caso se impondrá esta última. (9)

El criterio penológico seguido es el de *exasperación de la pena* a través de una figura agravada que permite una notoria elevación punitiva en relación con lo que en algunos casos pudiera resultar de la mera acumulación material de las penas impuestas a las distintas actuaciones delictivas, separadamente consideradas.

A pesar de que el delito masa responde a un único plan, éste se ha llevado a cabo a través de individualizadas acciones defraudatorias, cada una de las cuales, por la propia naturaleza de la institución, es lógico que se encuadre en la misma figura delictiva, no obstante lo cual, la distinta gravedad de cada uno de los ataques patrimoniales puede tener diferentes consecuencias punitivas.

La *solución punitiva* del Código es clara: como quiera que se trata de un único delito, se considera como pena referencial la que corresponde a la defraudación que el sujeto ha llevado a cabo, si bien la reiteración del dolo, la multiplicidad de víctimas y el impacto social justifican una exasperación punitiva que se materializa en que la pena que trae

consigo la defraudación se lleva hasta el doble del máximo, solución que, como en otras partes del Código, elimina el arbitrio judicial tan necesario en una materia como ésta, ya que aboca al Juez a la imposición de una pena tan estrictamente determinada que no puede hacer uso de las reglas de adecuación de las penas ni de los concretos criterios de determinación.

Visto que al fin y al cabo las figuras jurídicas del delito masa, el delito continuado y el concurso de delitos son supuestos de la común problemática planteada por la unidad o pluralidad de delitos, se permite al Juzgador hacer un uso extensivo de las reglas punitivas de cada una de estas instituciones, aplicando al culpable la de más grave consecuencia, algo que, a nuestro criterio, no es del todo acertado, pues, si bien es innegable que entre el delito continuado y el delito masa hay una íntima relación que hace que el segundo sea, en cierta medida, una modalidad del primero, no sucede exactamente lo mismo respecto al concurso de delitos, donde la naturaleza de las situaciones contempladas puede guardar notoria diferencia con lo que es propiamente un supuesto de delito masa, lo que debiera hacer decaer -al menos por coherencia técnica- la aplicación de sus reglas punitivas, si bien es cierto que no es eso lo que quiere el legislador.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

355

Esta forma de determinación de pena, adolece de los mismos problemas que el precepto anterior respecto de la determinación de la pena, que no sólo involucra este aspecto, sino que esta sustentada sobre la garantía de que la pena sea proporcionada a la culpabilidad; ello no es posible cuando se parte de penas fijas, que en el caso de la pena de defraudaciones calificadas como delito más, imponen una doble pena máxima, de interpretarse así la regla de determinación, es obvio que el principio de culpabilidad resulta trasgredido, por cuanto el desvalor del injusto es el que agota la penalidad, dejando por fuera el grado de culpabilidad del agente. Para evitar alteraciones de esa índole a un principio de rango constitucional, se propone una interpretación restrictiva, en el sentido que el doble del máximo de la pena, esta sobre la base no del límite máximo que tiene desmerecida el tipo penal, sino a la pena máxima que en concreto el juez decida imponer después de haber desvalorado el injusto y la culpabilidad, de ahí que, la pena estaría oscilando entre el mínimo y el máximo del tipo penal; y la pena en concreto que el juez imponga, sería la pena máxima dentro de los márgenes del tipo penal, dicha pena se aplicaría doblemente siguiendo la formula de agravación, con lo cual se cumpliría con el fundamento de la agravación y a la vez se respetaría la vigencia del principio de culpabilidad que impone que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor.

CAPÍTULO IV

DE LAS FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS
PRIVATIVAS DE LIBERTAD

74

REEMPLAZO DE LA PENA DE PRISIÓN

El juez o tribunal deberá, en forma motivada, reemplazar las penas de prisión mayores de seis meses y que no excedan de un año por igual tiempo de arresto de fin de semana, de trabajo de utilidad pública o por multa.

Así mismo podrá, atendiendo a las circunstancias del hecho cometido, sustituir las superiores a un año y que no excedan de tres años por igual tiempo de arresto de fin de semana o de trabajo de utilidad pública.

356

La sustitución de la pena es una alternativa a la pena privativa de libertad, especialmente a la pena corta privativa de libertad, que, por razones de política criminal (estigmatización, desocialización y contagio criminal del condenado), se considera inadecuada para ciertas personas bajo determinadas circunstancias. Por otra parte, no se alcanzaría a ver cómo con tales penas se puede dar adecuado cumplimiento a los fines que el tercer párrafo del art. 27 de la Constitución encomienda a los centros penitenciarios.

Es por otra parte la institución consecuencia del principio individualizador que rige tanto la imposición de la sanción penal como su ejecución.

La sustitución de pena de prisión se somete a un sistema mixto en cuanto a la discrecionalidad de su aplicación por parte del juez, quien actúa *obligado a ello cuando se trata de penas de prisión que no excedan de un año y obra discrecionalmente cuando se trata de penas de prisión que superen el año y no excedan de tres*. El mandato legal de que ello se haga de forma *motivada* puede generar algunas dudas interpretativas, toda vez que, por una parte, está clara la utilización de verbos antagónicos y de claro significado cuando se trata de uno y otro supuesto (“deberá” en el primer caso y “podrá” en el segundo); por otra parte, siendo imperativa la sustitución en el primer supuesto, pudiera parecer que huelga la motivación, ya que la explicación del actuar del juez no

es otra que el verse constreñido al estricto cumplimiento de la legalidad; por ello, nuestro criterio es el siguiente:

- a) Cuando se trata de *pena que no exceda de un año*, el alcance de la motivación se centra en la exposición de las circunstancias por las que el juez escoge entre el arresto de fin de semana, el trabajo de utilidad pública o la multa.
- b) Cuando se trata de *penas que superen el año y no excedan de tres*, la motivación alcanza a ese extremo y, con más razón, al hecho mismo de la concesión, debiendo el juez explicar en su resolución por qué opta por no ejecutar la pena de prisión y la sustituye en la forma indicada.

En este caso, el precepto se remite como causa de la concesión a “las circunstancias del hecho cometido”, lo que es no decir mucho o decirlo todo. La propia exposición de factores enumerada en el art. 63 del Código puede servir como guía de referencia para que el Juez exponga las razones de su decisión, tomando de ahí obviamente aquellos aspectos que minoren el juicio de reproche, el desvalor de la acción o la culpabilidad del sujeto, refiriéndose fundamentalmente al bien jurídico protegido y a los medios más o menos graves empleados en la ejecución. De todas formas, para nuestro criterio, llevando quizá a un segundo plano la referencia a las circunstancias del hecho, en un caso como el presente en donde hay que hacer mayor hincapié es en la utilidad que tenga en el caso concreto la ejecución de una pena del tipo de la prisión, contemplada la misma tanto desde las pautas constitucionales antes referidas como desde la óptica marcada en el art. 2 de la Ley Penitenciaria, que contempla para la ejecución de la pena la finalidad de “proporcionar al condenado condiciones favorables a su desarrollo personal que le permitan una armónica integración a la vida social al momento de recobrar su libertad”; en tanto se entienda que la pena privativa de libertad no va a poder cumplir adecuadamente tales objetivos, que el sujeto no necesita de ello a través de esa forma de ejecución o que, en contrapartida, la imposición de un régimen de vida como el que comporta el internamiento en prisión puede alterar nocivamente el marco personal, social y familiar del sujeto, resulta obvio que acudir a penas menos desocializadoras como las alternativas resulta lo idóneo.

Siguiendo las pautas expuestas, no parece que deba haber especial dificultad en escoger entre la imposición del tipo de pena sustituta, tratando de buscar el equilibrio entre la naturaleza del hecho cometido y la clase de respuesta que deba darse al sujeto delincuente, vistas sus circunstancias personales.

Si no cabe poner en duda la idoneidad político criminal de penas como el arresto de fin de semana y el trabajo de utilidad pública, sí debe avisarse que la ejecución de las mismas exige una infraestructura de medios materiales y humanos tan compleja y costosa que su éxito resulta difícil, con el problema añadido de que su fracaso comporte el de una idea positiva y fuera de toda duda como es la de la sustitución de las penas cortas privativas de libertad.

Respecto al *ámbito de aplicación*, ya ha quedado expuesto en cuanto a sus dos supuestos, debiendo aquí matizarse que la referencia del Código debe entenderse hecha a *las penas impuestas para cada delito por el que se condene* y no tomarse en relación al conjunto de penas a que haya sido condenado el sujeto por los distintos delitos que hayan sido enjuiciados en un mismo procedimiento, ya que lo contrario significaría someter la aplicabilidad de la institución a meras vicisitudes procesales.

Por otra parte, resulta obvio que, aunque el límite inferior de la aplicación de la sustitución sería la pena de seis meses, por el recurso a ciertas reglas de determinación de la pena como es el caso de la tentativa (art. 68) o el error vencible (art. 69), podría llegarse a *penas inferiores incluso a los seis meses*, a las cuales, por la propia naturaleza de la institución y con más razón, es obvio que les resultaría igualmente aplicable de forma imperativa la figura de la sustitución.

358

Debe finalmente tenerse en cuenta la especialidad que contempla el *art. 76* respecto a la sustitución en los casos en que el precepto legal a aplicar recoge la imposición de las penas de prisión y multa conjuntamente. Nos remitimos al comentario del invocado precepto.

Es inequívoco que *el órgano jurisdiccional encargado de la sustitución es el sentenciador*. Despeja cualquier duda el hecho de que el precepto se refiera al juez o tribunal, ya que, de referirse tan sólo al primero, podría llegarse a dudar sobre una eventual competencia del Juez de Vigilancia; la Ley Penitenciaria no da lugar al equívoco, no sólo cuando en el art. 56 enumera cuáles sean las funciones del Juez de Vigilancia, sino cuando en el último inciso del art. 55 encomienda al Juez de la sentencia la modificación -y por tanto la determinación- de la naturaleza de la pena. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, como dispone el art. 37.11) de la Ley Penitenciaria, corresponde al Juez de Vigilancia el control del cumplimiento de las condiciones para gozar de alguna de las formas sustitutivas de la ejecución de la pena.

Respecto al *momento en que debe procederse a la sustitución*, por tal debe considerarse la *sentencia*, conclusión a la que llegamos atendiendo a la redacción del art. 361 del Código Procesal Penal, el cual, si bien es cierto que no se refiere expresamente a la

sustitución de la pena, al contrario que sucede con la suspensión condicional de la ejecución, sí señala que “la sentencia condenatoria fijará con precisión las penas que correspondan”; obedecer tan categórico postulado de precisión parece exigir que dicha sentencia condenatoria resuelva ya sobre la sustitución de las penas, además de que de esa manera se permite que tal cuestión sea objeto del debate y de la contradicción en el juicio previo.

Finalmente hacemos mención de la *relación que guardan entre sí sustitución y suspensión*, lo cual no está ciertamente contemplado en este precepto, haciéndose una equívoca referencia en el art. 77, donde se enmarca la aplicación de la institución de la suspensión “en los casos de pena de prisión que no exceda de tres años y en defecto de las formas sustitutivas”. Tal redacción podría hacer pensar que sólo debe acudirse a la suspensión cuando no se haya hecho uso de la sustitución, lo que llevaría a algunas consecuencias absurdas; sin embargo, avanzando en la lectura del mismo art. 77 se llega a una conclusión clarificadora, ya que como primer fundamento de la suspensión se habla de lo “innecesario o inconveniente de la pena de prisión y de cualquiera que la reemplace”, lo que asienta definitivamente la idea de que *la opción de la suspensión es prevalente respecto a la sustitución*, pudiendo suspenderse tanto la pena señalada por la ley al delito como la resultante de la previa operación de sustitución, de forma que, dentro de los límites y circunstancias legales, el juzgador se planteará primero si procede a la suspensión de la ejecución de la pena y sólo si no lo acuerda así abrirá paso a los mecanismos de sustitución expuestos.

359

No contiene el Código específicas previsiones sobre el eventual *incumplimiento de las penas sustituidas*, por lo que, al menos en términos de dialéctica científica, podría plantearse la idea de si tal incumplimiento provoca la anulación de la sustitución y la vuelta a la pena sustituida. Sin desdeñar que hubiera podido ser una solución reactiva frente a la conculcación de la confianza depositada en el condenado, no creemos en absoluto que pueda sacarse tan onerosa conclusión de lo que, por otra parte, carece completamente de respaldo legal. Más bien parece que *la sustitución supone un cambio en la naturaleza de la pena sin posible vuelta atrás*, por lo que eventuales supuestos de incumplimiento habrán de ser tratados conforme a las normas que tal regulan en los casos de las distintas penas sustitutas.

JURISPRUDENCIA.

“Las razones que fundamentan la modificación de la especie de pena, es la siguiente: la pena de prisión no debe utilizarse como un mecanismo desproporcionado, cuestión que significa que la ponderación de la pena, en concreto, debe fundarse sobre un uso restrictivo de la misma, es decir como una opción *de ultima ratio* y ello incluye la

cuantía y especie de la pena. Para ello deben considerarse las características personales del imputado, y las circunstancias del delito que permiten afirmar una pena, privilegiando razones de prevención especial positiva, destinadas a una posibilidad más real de reincorporación del justiciable al orden social, el tribunal en ese sentido tiene una visión de la pena como opción verdaderamente rehabilitadora, que debe adecuarse a la personalidad del sujeto siempre que sea en beneficio y no en perjuicio de su rehabilitación, máxima aspiración plasmada en el Art. 27 Cn. Entendemos que ciertamente se vulneraría el principio de proporcionalidad, si en una situación concreta, como en este caso, en la que se puede optar por una pena de menor lesividad, se decide a imponer la que resulte más gravosa para los derechos fundamentales del acusado. Y es que en materia sancionatoria rige como principio fundamental, el principio de culpabilidad, del cual la proporcionalidad de las sanciones es una manifestación; tal principio acuñada bajo el aforisma “*nulla poena sine culpa*”, indica que la graduación de la pena, respecto de su cuantía y naturaleza no puede rebasar el ámbito de la culpabilidad y el Tribunal estima que por las circunstancias personales del imputado y por la escasa afectación del bien jurídico, es necesario fijar como pena el Trabajo de Utilidad Pública en reemplazo de la pena de prisión originalmente prevista. (T.S. 3° S.S., 09-05-02)”

360

75

REGLA DE CONVERSIÓN

Para los casos del reemplazo de la pena de prisión a que se refiere el artículo anterior, cuatro fines de semana o cuatro jornadas semanales de trabajo, equivalen a un mes de prisión.

Para las fracciones de mes, el juez o tribunal hará el reemplazo guardando la proporción establecida.

El precepto no encierra en sí mismo especiales problemas interpretativos respecto a la cuantificación que pueda suponer la aplicación de las reglas de conversión, con la sola apostilla de que en los resultados de fraccionamiento las consecuencias incompletas habrán de resolverse siempre en beneficio del reo, es decir, la imputación de la menor cantidad de pena.

El problema surge por el hecho de que aunque el precepto pretende exponer las reglas de conversión para los casos de reemplazo expuestos en el artículo anterior, se olvida de que el mismo contempla tres alternativas sustitutivas de la prisión, mientras que el art. 75 sólo da reglas de conversión para los arrestos de fin de semana y el trabajo de utilidad pública, *omitiendo cualquier referencia al mecanismo de conversión de la pena de prisión por multa*. Sencillamente no encontramos solución a la cuestión, entendiendo que se trata de una omisión del legislador que difícilmente puede integrarse por vía interpretativa sin conculcar los principios de legalidad y de seguridad jurídica, ya que los artículos que regulan la pena de multa (51 a 54) no contienen material interpretativo idóneo para la solución de la cuestión, sin que creamos que sea posible pretender que sencillamente el legislador haya querido una conversión automática de días de prisión en días multa y que pueda llegarse a dicha interpretación sin conculcar los antedichos principios.

Pretender que de la redacción del art. 74 pueda deducirse que el juez o tribunal, en forma motivada, pueda reemplazar la pena de prisión por la de multa con pleno arbitrio nos parece todavía más aventurado y en contra de los repetidos principios por la incertidumbre que ello crea. Buscar reglas de conversión proporcional partiendo del art. 45 cuando habla de penas de prisión de seis meses a treinta años y penas de multa de cinco a trescientos sesenta días multa tampoco debe entenderse como amparado. Se estaría sencillamente creando un sistema que el Código no ha contemplado. Un problema sin solución legal de presente.

361

No podemos dejar de hacer referencia a ciertas consecuencias desmesuradas de la aplicación de las reglas de conversión, curiosamente contradictorias con los criterios de política criminal a que antes hicimos referencia como inspiradores de la institución. Así, en el caso extremo, una pena de tres años de prisión podría pasar a convertirse en ciento cuarenta y cuatro arrestos de fin de semana u otras tantas jornadas semanales de trabajo, límites que, aun respetando los máximos establecidos para tales penas en el art. 45, son sin lugar a dudas desmesurados, de muy difícil ejecución, extremadamente onerosos para el ejecutado y muy posiblemente contradictorios con la propia naturaleza informadora de la pena.

76

PENAS CONJUNTAS DE PRISIÓN Y MULTA

Cuando la pena principal sea conjuntamente de prisión y multa, aquella no podrá sustituirse por ésta. En este caso, se aplicará simultáneamente la pena de multa y aquella otra que sustituya a la de prisión, cuando procediere.

Es deseo del legislador que la multa inicialmente prevista por la ley para el delito no se exacerbe por el hecho de que otra multa surja por vía de conversión, desnaturalizándose por tanto el propio alcance de la pena inicialmente previsto en el delito. Queda claro que en tal caso el juzgador debe acudir imperativamente a la imposición de las otras alternativas previstas en el art. 75.

77

362

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

En los casos de pena de prisión que no exceda de tres años y en defecto de las formas sustitutivas antes señaladas, el juez o tribunal podrá otorgar motivadamente la suspensión condicional de la ejecución de la pena, dejando en suspenso su cumplimiento por un período de prueba de dos a cinco años, atendiendo las circunstancias personales del condenado, las del hecho y la duración de la pena.

Esta decisión se fundamentará en:

- 1) En lo innecesario o inconveniente de la pena de prisión y de cualquiera de las que la reemplace; y,**
- 2) Que el beneficiario haya cancelado las obligaciones civiles provenientes del hecho determinadas en la sentencia, garantice satisfactoriamente su cumplimiento o demuestre su absoluta imposibilidad de pagar.**

La institución parte del hecho de que, una vez declarada la existencia del delito y su consecuencia punitiva, por razones de política criminal íntimamente ligadas al sujeto,

fundadas en *la innecesiedad de someterle a la pena impuesta*, se renuncia temporalmente y bajo condiciones a su ejecución, pasándose a una inejecución definitiva si el condenado supera exitosamente el periodo y las condiciones fijados. La razón de ser de la institución debe encontrarse de nuevo en los postulados constitucionales del párrafo tercero del art. 27 y del art. 2 de la Ley Penitenciaria, a los que ya nos referimos en el comentario del art. 74 y a lo que nos remitimos: si no es necesaria la ejecución de la pena de prisión o si se pueden cumplir sus fines a través de medios menos onerosos para el sujeto, es preferible obrar de tal manera.

Debe hacerse notar que, aunque la institución parece concebida exclusivamente en relación a la pena *de prisión de hasta tres años de duración*, tal no es así, visto que la misma puede ver trastocada su naturaleza en la propia sentencia cuando el juez haga uso de los mecanismos de sustitución previstos en los artículos anteriores (recordemos que incluso imperativamente en el caso del art. 74, pfo.1º), de forma que por tal camino se determine la imposición de una pena de arresto de fin de semana, trabajo de utilidad pública o multa; en este caso, como claramente se deduce de la redacción del primer inciso del segundo párrafo del precepto, *la suspensión de la condena también puede afectar a esas penas impuestas como sustitutas de la pena de prisión*, penas a las que se retornará -y no a la prisión sustituida- en el caso de revocación de la suspensión por decisión judicial.

363

Cuando la ley se refiere a la aplicación de la suspensión a pena de prisión que no exceda de tres años hay que entender que en los supuestos en que al sujeto se le apliquen varias penas por varios delitos (concurso real) *la aplicación o no de la suspensión se hará atendiendo a la pena correspondiente a cada uno de los delitos, sin acumular matemáticamente la totalidad de las impuestas al sujeto*. Tal es la interpretación favorable que debe hacerse a fin de evitar -como ya se dijo cuando se comentaba el art. 74- que sean razones meramente procesales las que incidan sobre una cuestión de distinta naturaleza, sin perjuicio de que la abundante actuación criminal del sujeto pueda ser sin duda una nota negativa a valorar por el juez cuando establezca el juicio sobre la pertinencia o no de la aplicación de la institución.

Es destacable el hecho de que la institución de la suspensión se refiera exclusivamente a los delitos y *queden excluidas las faltas*, toda vez que al referirse a las penas de prisión o a las surgidas por sustitución de las mismas, es obvio que tales no están nunca concebidas para las faltas, las cuales se ven abocadas únicamente a beneficiarse del mecanismo previsto en el art. 372 del Código, que puede resultar insuficiente en ciertas ocasiones y personas, por lo que no hubiera estado de más establecer previsiones sobre suspensión para dicho tipo de infracciones.

La institución tiene siempre un carácter potestativo, de forma que el juez valorará en cada caso su pertinencia aplicando con discrecionalidad razonada los criterios legales establecidos para cada tipo de suspensión. *El momento de decidir tal extremo es sin duda el de la propia sentencia*, vista la taxativa redacción del art. 361 del Código Procesal Penal, cuando en su párrafo primero señala que “la sentencia condenatoria... determinará la suspensión condicional de la ejecución de la pena y las obligaciones que deberá cumplir el condenado”.

La discrecionalidad razonada a la que hemos hecho referencia se consagra en el imperativo de *otorgar motivadamente la suspensión*, imperativo que se concreta todavía más cuando el precepto establece los *criterios a que ha de atender el juez para adoptar su decisión*, lo que permitirá al justiciable conocer las razones de la decisión judicial y el respeto de la misma a la ley, con posibilidades lógicas de impugnación. Dichos criterios tienen una índole diversa, ya que el segundo expuesto en el artículo es prácticamente objetivo, mientras que el primero tiene una raigambre más subjetiva y valorativa.

364 Empezando por el segundo, el Código quiere propiciar en lo posible la *satisfacción de las obligaciones civiles dimanantes del delito e impuestas en la sentencia*, pretendiendo sin duda que la institución sirva como acicate sobre el delincuente y valorando, por otra parte, positivamente a la persona que de ello se preocupa activamente, como signo de su reintegración social y minoración del desvalor de su conducta.

Las consecuencias civiles del delito vienen enumeradas en el art. 115 del Código y a ello habrá que estar para valorar el cumplimiento de la condición.

La no satisfacción de tales obligaciones civiles como causa impeditiva del acceso a la suspensión tiene dos excepciones establecidas en el Código: en primer lugar, el haber garantizado satisfactoriamente su cumplimiento, garantía que habrá de ser valorada en su suficiencia por el juzgador, por lo que tiene especial importancia el procurar completar adecuadamente durante la tramitación del procedimiento la adopción de medidas cautelares tendentes al aseguramiento de las eventuales responsabilidades civiles futuras; en segundo lugar, la acreditación de que el condenado carece de elementos patrimoniales que permitan hacer efectivo el pago, sin que a ello se haya llegado por una conducta voluntariamente obstructiva del mismo.

La mera existencia de un requisito como éste trae como consecuencia que, en realidad, *el otorgamiento de la suspensión en el momento mismo de dictarse la sentencia es más formal que real*, toda vez que, siendo el presente un requisito ineludible para que se haga eficaz la suspensión, resulta obvio que, por la propia dinámica del procedimiento, sólo en un momento posterior a la sentencia (tal vez incluso muy posterior) se va a

saber si efectivamente se cumple o no este requisito. Por eso es nuestro criterio que en aquellos casos en los que en el momento de ser dictada la sentencia no se conozca la realidad patrimonial del sujeto, no debe haber óbice a la concesión de la suspensión, sin perjuicio de que una constatación ulterior del incumplimiento del requisito lleve a revocar una decisión que se adoptara en su momento sin la concurrencia de uno de los requisitos legales constitutivos de la misma. Otra cosa será que, acreditado el cumplimiento del requisito a través de la constatación de que el condenado carece de elementos patrimoniales válidos para el cumplimiento de sus obligaciones civiles y concedida por ello la suspensión, devenga en el plazo de suspensión a mejor fortuna; en tal caso, parece que el curso normal de la ejecución del procedimiento debe intentar el cumplimiento de las previas obligaciones civiles declaradas y todavía insatisfechas, mas no creemos que las vicisitudes de ello deban afectar -y menos negativamente- a algo que fuera otorgado en su momento concurriendo los requisitos legalmente establecidos; otra cosa será que, entre las condiciones que el juez puede imponer al amparo de lo dispuesto en el art. 79.4) se establezca la de dar cumplimiento a las obligaciones civiles pendientes si se mejora de fortuna, caso en el cual la obstaculización voluntaria de ello podría ser tratada como incumplimiento de condición y comportar por ello la eventual revocación de la suspensión, conforme se establece en el art. 81. Por ello, no sería ocioso que el establecimiento de dicha condición se convirtiera en práctica habitual de los jueces al conceder la suspensión y fijar condiciones.

365

El segundo criterio que estudiaremos es el que se expone en primer lugar en el segundo párrafo del precepto. Se trata, como dijimos, de un criterio sometido íntegramente a la razonada valoración subjetiva del juez sobre la *innecesariedad o inconveniencia de la ejecución de la pena*. Traemos aquí de nuevo a colación las invocaciones hechas en el primer párrafo del comentario de este artículo: deben valorarse las pretensiones que puede tener la ejecución de una pena, sus posibilidades reales de cumplir dichas pretensiones, las carencias puestas de manifiesto por el sujeto por el hecho de haber llevado a cabo una conducta delictiva, la permanencia de dichas carencias, las posibilidades de ser suplidas a través de la ejecución de la pena o la mejor y menos onerosa posibilidad de corrección a través del sometimiento a condiciones en los términos previstos en los arts. 79 y 80 del Código.

La *fijación del plazo de suspensión* será de dos a cinco años, obrando en este caso de nuevo el juez bajo un principio de *discrecionalidad reglada*, toda vez que el Código refiere como parámetros a tener en cuenta para la concreción de dicho plazo conceptos de significado y valoración amplios como las *circunstancias personales del condenado*, las *circunstancias del hecho* y la *duración de la pena*, no siendo sin duda fácil coordinar los tres elementos, toda vez que, por ejemplo, el juez podría encontrarse con penas de larga duración por imperativo legal y, en contrapartida, con condenados escasamente

necesitados de reacción punitiva o medida condicional, por lo que un elemento abogaría por la fijación de un periodo de prueba largo, mientras que otro abogaría por su cortedad. Con tales conclusiones, puede decirse que la suspensión se configura como un instrumento de individualización de la ejecución penal.

Respecto a la *relación entre suspensión y sustitución*, nos remitimos al comentario que de tal extremo hicimos en el art. 74.

Ligada a esta institución de la suspensión condicional de la ejecución de la pena está la *suspensión condicional del procedimiento*, regulada en los arts. 22 a 25 del Código Procesal Penal. No hacemos un comentario pormenorizado de la institución por ser la misma distinta a la regulada en este precepto, aunque la mencionamos por estar hermanada indudablemente con la misma. De hecho, mientras que la suspensión de la ejecución de la pena impuesta tiene como presupuesto que ésta ya haya sido declarada en sentencia definitiva, la institución a la que ahora nos referimos va a provocar que *no se llegue a dictar sentencia en supuestos en que eventualmente podría proceder en el futuro la suspensión de la ejecución de la pena, previo reconocimiento de los hechos por parte del imputado y reparación efectiva -o asumida de futuro- de los daños causados por el delito*, siendo entonces potestativo del juez o tribunal la concesión de la solicitud de suspensión que le hagan las partes del procedimiento; si la acepta, evalúa el tratamiento necesario para el imputado y establece una serie de reglas de conducta dentro del catálogo y límites recogidos en el art. 23. A partir de ese momento será el Juez de Vigilancia el que controle el cumplimiento de las reglas impuestas, el cumplimiento de los eventuales acuerdos de reparación civil y la comisión de un nuevo delito; la primera incidencia negativa da lugar a que el juez pueda escoger entre la revocación de la suspensión del procedimiento o el alargamiento del periodo de prueba, mientras que las incidencias segunda y tercera comportan imperativamente la revocación, siguiendo el procedimiento su curso (art. 24).

366

JURISPRUDENCIA.

“La determinación de la adecuación del hecho al tipo legal apropiado depende de la concurrencia de los elementos típicos exigidos para cada figura (...) El Tribunal A-quo si cumplió con las exigencias mínimas de fundamentación exigidas por la ley, pues consideró para sustituir la pena de tres años de prisión el hecho que, el procesado ha estado en internación provisional por más de seis meses, así como también que el resto faltante no es viable a los fines de readaptación consagrados en el Art. 27 de la Constitución, por lo que la sentencia a juicio de este Tribunal aporta fundamentos de hecho y de derecho, los cuales son legítimos, lógicos y adecuados a los principios de readaptación a que se refiere la disposición en la que se fundamenta dicha sustitución,

razón por la cual resulta improcedente declarar con lugar el presente motivo. (Casación, 17-05-02)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Conviene aquí indicar la caracterización de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como un subrogado penal, por estos se entienden los sustitutivos de la pena de prisión, por lo cual se pretende bien prescindir de la ejecución de la pena de prisión en cuanto a una ejecución de la misma en un centro penal; o de reducir su cumplimiento, permitiendo que parte de la ejecución de la pena total, la cual ya se ha cumplido en parte en prisión, se pueda cumplir en un régimen de control en libertad.

También es oportuno añadir que el acento de estas formas de sustitución de penas, es el régimen condicional al cual vinculan a la persona del justiciable, de ahí que si las condiciones son incumplidas por el reo, la pena se ejecuta de manera irremisible. Ciertamente este subrogado penal es personalísimo, por cuanto sólo se aplica respecto de aquellas personas que satisfacen los requisitos bajo los cuales se determina la admisibilidad de la aplicación de tal forma de sustitución de la pena privativa de libertad; pero ello no debe conducir a interpretar estos subrogados como una forma de derecho penal de autor, por lo cual se pueda denegar la aplicación de tales medidas en atención a la personalidad del sujeto. Lo anterior es así, por cuanto, el derecho penal de autor esta desterrado de nuestra legislación penal que establece el principio de culpabilidad, de ahí que si se estima que no procede la aplicación de tal subrogado, en este caso de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ello será de acuerdo a la valoración que se haga del injusto culpablemente cometido y a la necesidad mantener los efectos preventivos de la norma penal. En todo caso la de negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena sea motivada.

367

El subrogado en examen se fundamenta en dejar en suspenso la ejecución de la pena en el régimen carcelario, durante un periodo predeterminado, bajo ciertas condiciones, con una finalidad de brindar mayores ofertas de readaptación al condenado. De ahí el claro énfasis de este instrumento, respecto del modelo de la prevención especial positiva. También es oportuno indicar que la antigua visión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, estaba cimentada sobre una especie de gracia o de concesión de las autoridades hacia los condenados –binding-over– lo cual ha sido superado, que las inserta como un medio autónomo de la teoría de la pena, que importan una modificación sustancial en la concepción de la pena de prisión (Jescheck, 1993, 759).

De ahí que los modelos de suspensión de pena, también estén ampliamente respaldados por los principios de última intervención del derecho penal y de la necesidad de la

pena, pero sólo respecto de una de sus vertientes, vinculad a la pena que ya se ha impuesto, pero que no es necesario que se ejecute bajo un modelo cerrado de pena privativa de libertad. Con la implementación de éste subrogado penal, ciertamente se impulsa de manera más adecuada los fines de la readaptación de la pena, bajo un diseño de auto-responsabilidad de la persona y respeto a su autonomía ética, así como se da cumplimiento en mayor medida al principio de personalidad de la pena, por cuanto se impiden de mejor manera la transferencias de los efectos dañinos de la pena de prisión al núcleo familiar del reo, por cuanto la pena de prisión también importa la restricción de sus derechos fundamentales. En virtud de lo anterior, nos parece que implementando la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se tutela mejor el derecho de garantía del estado salvadoreño –Art. 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos– respecto del deber de respetar el principio de personalidad de la pena, establecido en el Artículo 5. 3 que dice: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

368

Conviene ahora precisar algunas apostillas a los comentarios respecto de la normativa: a) el parámetro de tres años no esta determinado sobre los límites máximos del tipo penal en relación a la gravedad formal del delito de acuerdo a la regla del artículo 18 CP, sino a la pena en concreta que se impone, de ahí que el hecho puede ser grave, pero si la pena en específico que se impondrá es la de tres años de prisión, el requisito estaría satisfecha; b) también es oportuno, indicar que la suspensión condicional de la pena, no sólo esta estructurada respecto de la pena de prisión, sino también sobre otras penas privativas de libertad, lo que acontece es que la forma más proverbial esta fundada respecto de la pena de prisión, pero ella no es exclusiva, de ahí que, si las otras penas privativas de libertad, son innecesarias en cuanto a su ejecución, las mismas pueden ser suspendidas condicionalmente; c) el criterio que se expone ante penalidad de un menor desmerecimiento, que en sumativa podría rebasar los tres años, y que por ello la suspensión debe considerarse individualmente para cada delito, es sostenible, por cuanto, permite una interpretación no extensiva del precepto y que potencia los fines de la readaptación del justiciable, así como se apoya en el principio *pro libertatis*; d) El fundamento primero es esencial, el cual esta fundado en criterios de merecimiento de pena en cuanto a su necesidad, así como al principio de intervención mínima, coinciden aquí también criterios de prevención especial de la pena en su sentido positivo, es decir de que manera se garantiza la satisfacción de una mejor posibilidad de readaptación, y si ello es posible prescindiendo de la ejecución de la pena de prisión debe optarse por esta forma desde un análisis de merecimiento de pena en concreto; e) Las satisfacciones de los daños civiles cuando estos han sido declarados en su cuantía es importante, pero no es imprescindible, de no haberse determinado un monto de los daños civiles por insuficiencia probatoria respecto a la cuantía, este aspecto no perjudica al justiciable, quien no debe asumir el costo de la acusación de probar la

cuantía de los perjuicios, de ahí que la suspensión puede ser concedida, independientemente de que a posterior se determine la cuantificación del daño civil.

78

SUSPENSIÓN CONDICIONAL EXTRAORDINARIA DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Cuando no proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por impedirlo las circunstancias personales del procesado o su sometimiento a otro proceso, el juez o tribunal podrá disponerla extraordinariamente, cuando el hecho se hubiere cometido entre cónyuges, compañeros de vida o convivientes, padre, madre, o hijo adoptivo y parientes que se encuentren en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en el seno de grupos de convivencia y resulte claramente conveniente para la víctima o para el restablecimiento de la armonía en el grupo o para la prevención de otros delitos.

369

Como su título indica, se trata aquí de un supuesto de suspensión ajeno a los términos ordinarios definidos en el artículo anterior, variando incluso la naturaleza fundamentadora de la propia institución.

Si, como dijimos al comentar el anterior precepto, la suspensión se acuerda a partir fundamentalmente de la contemplación de la persona del delincuente, en este caso que ahora se trata *lo que se tutela es el entorno personal del propio delincuente* -no en atención a él sino en atención a dicho entorno-, partiendo de que previamente ha ofendido con el delito a una de las personas taxativamente enumeradas como incluidas en el mismo, dándose la paradójica consideración de que la ejecución de la pena puede llegar a suponer una exacerbación de la situación negativa que ya trajo consigo la existencia del delito.

Se trata de una posibilidad que parte del requisito de que *la actuación delictiva haya tenido como víctimas a personas ligadas por vínculos familiares o de convivencia con el sujeto activo del delito*, personas definidas de forma concreta y taxativa en el texto del precepto y con mayor inconcreción cuando se hace referencia a una mera relación de convivencia. El precepto contempla una realidad social innegable: cierto tipo de delitos se producen en ámbitos en los que previamente existe una relación, bien de familiaridad, bien de convivencia entre el autor y la víctima, de forma que el delito es la

traducción de una anomalía en la forma de llevarse a cabo dicha relación. Tal tipo de relaciones se consideran beneficiosas para todas las personas integradas en ellas, ya que la implicación del sujeto en grupos es un adecuado mecanismo de socialización, solidaridad y protección social. Siendo innegable que el delito supone una ruptura, o cuando menos una fisura, en el normal desarrollo de la relación grupal o personal, que momentáneamente deja de servir a los beneficiosos fines invocados, también es cierto que en esos ámbitos, con más facilidad que en otros, la recomposición de las relaciones entre los implicados como delincuentes y víctimas puede resultar, en ocasiones, más sencilla que entre personas situadas en dicha posición pero no relacionadas por tales vínculos previos. El legislador pone en manos del juez la aplicación de un auténtico *principio de oportunidad* para que valore si es más conveniente la ejecución de la pena en sus propios términos o la inejecución para que de ello se benefician los ofendidos por el delito: es como si el juez aportase con su concesión un elemento más a la reparación que el sistema penal pretende para la víctima del delito.

370

El problema es que resulta difícil entender cómo un sujeto en quien no concurren las circunstancias personales para hacerse acreedor del beneficio (persistiendo por tanto indudables notas negativas) puede ser al mismo tiempo un sujeto idóneo para ser reintroducido en el ámbito familiar o grupal al que con anterioridad tanto daño a través de su conducta delictiva, no olvidando que precisamente los tipos delictivos que más se dan en tales entornos en la forma descrita suelen afectar a bienes jurídicos tan relevantes como la vida, la integridad física o la libertad sexual, donde su ofensa suele llevar aparejadas situaciones traumáticas o de ruptura tan relevantes que la recomposición de la víctima resulta sumamente difícil y más si ello pasa por el reencuentro con su ofensor.

Nos situaríamos por tanto en una especie de *perdón propiciado por la víctima del delito*, quien es obvio que ha de suministrar al juez decisor gran parte de la información que valore a la hora de otorgar o no la suspensión. Ello nos plantea un problema que siempre se reproduce en la práctica en aquellas conductas delictivas en las que el perdón del ofendido tiene efectos extintivos sobre la responsabilidad penal o minoradores de la misma; la víctima se ve sometida a tensiones internas y externas que en ocasiones rayan sencillamente la abyección y la coerción por parte del delincuente o de determinado entorno del mismo, sin descartarse que sea precisamente el resto del entorno familiar o grupal el que ejerza sus presiones sobre la víctima para propiciar por razones puramente egoístas o utilitaristas el retorno del delincuente. El verse abocado a elegir entre el alejamiento del ofensor o la pérdida de determinadas posibilidades que su presencia propiciaba será sin lugar a dudas el ámbito de la elección a que en muchas ocasiones se verá abocada la víctima.

El problema no tiene sencilla solución, por lo que *habrá de extremarse el celo judicial* a la hora de valorar la pertinencia de esta extraordinaria concesión, procurando imponer condiciones adecuadas para el control de la situación y, desde luego, la evitación de la reiteración de la conducta delictiva.

Lo que tajantemente resulta de muy difícil comprensión es la referencia que el Código hace a esta vía como instrumento para la *prevención de otros delitos*. Si la referencia se hace a delitos similares que tengan como víctima a los miembros del entorno definido, es complicado comprender cómo con el acercamiento y no con el alejamiento del entorno se pretende propiciar su evitación, salvo que se caiga en el absurdo de premiar el que así al sujeto condenado y ejecutado no se le plantee la idea de venganza tan pronto como terminase la ejecución efectiva de la pena impuesta.

Dispensando únicamente el precepto de la concurrencia del requisito referido a las circunstancias personales del delincuente, no debe haber motivos para considerar que las demás circunstancias genéricas tratadas en el anterior artículo no deban darse, *disciplinándose la concesión con arreglo a los mismos requisitos, en cuanto resulten compatibles con los fines perseguidos*. Únicamente cabría hacer algunas reservas de compatibilidad en ese ámbito con el *requisito de cumplimiento de las obligaciones civiles dimanantes del hecho*, ya que su ejecución efectiva pudiera en algunos casos perturbar la relación entre agresor y víctima o la propia definición del entorno al que precisamente se trata de proteger. Pero quizá esta discusión sea más ficticia que real, toda vez que lo más común será que la aceptación por parte de la víctima de esta situación de suspensión vaya acompañada, bien por la previa satisfacción de las obligaciones civiles hacia ella, bien por su renuncia al resarcimiento.

79

OBLIGACIONES INHERENTES A LA SUSPENSIÓN

Concedida la suspensión, el juez o tribunal especificará las condiciones a que estará sujeta la libertad del favorecido durante el período de prueba, entre las siguientes:

- 1) Comenzar y finalizar la escolaridad primaria, si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o institución que determine el juez;**
- 2) Abstenerse de concurrir a determinados lugares;**
- 3) Abstenerse del consumo de cualquier droga o del abuso de bebidas alcohólicas; y,**
- 4) Cualquiera otra que fuese aconsejable conforme a las particulares circunstancias del caso.**

372

La suspensión de la condena es una auténtica alternativa a la prisión. Si con la prisión se pretende conseguir determinados fines, lo mismo sucede con la suspensión, sólo que el instrumento es distinto. Al servicio del cumplimiento de tales *fines -tanto reeducadores como preventivos-* están las condiciones que el juez puede fijar a la hora de conceder la suspensión.

La forma de estar redactado el precepto puede hacer surgir dudas tanto respecto a la imperatividad del establecimiento de condiciones como respecto al alcance y contenido de las mismas. El artículo dice que el juez ha de especificar las condiciones a las que somete la suspensión, mas cuando pasa a enumerar las mismas no señala que tales deban ser las que imponga, ya que la redacción del precepto hace referencia únicamente a que aquéllas deben surgir de entre las mismas, para acabar consagrando un *sistema completamente abierto* si se tiene en cuenta que el mensaje final que se emite al juez no es otro que el consagrado en el último inciso del precepto: *la imposición de cualquier condición que considere “aconsejable conforme a las particulares circunstancias del caso”*.

Si la pena de prisión pretende la *readaptación del sujeto para su reintegración social y la prevención de delitos* (arts. 27 de la Constitución y 2 de la Ley Penitenciaria), lo

mismo es sin duda lo que ha de pretender el juez con la fijación de condiciones para su cumplimiento durante el periodo de suspensión. Las reflejadas en los tres primeros números del precepto sin duda a ello tienden, tanto porque la primera pretende dotar a la persona de mecanismos adecuados de socialización, como porque la segunda y tercera tratan de combatir ciertas tendencias del sujeto que pueden haber estado presentes en la génesis de su actuación delictiva, a parte de que la segunda especialmente cumpla una función preventiva que incluso puede ir dirigida a la salvaguardia de la víctima y su entorno durante un periodo en el que sería difícilmente comprensible y asumible que la misma hubiera de soportar la presencia de su ofensor o, desde otro punto de vista, a facilitar el control judicial o administrativo del sujeto durante la fase de prueba.

No debe olvidarse que, en realidad *el art. 81 completa el catálogo de reglas de conducta a que debe someterse el condenado*, reglas que en este caso sí tienen *carácter imperativo* y son aplicables a todo tipo de suspensos: *la interdicción de comisión de un delito y la sumisión a la vigilancia impuesta*.

80

373

PROHIBICIÓN AL JUEZ

El juez o tribunal no podrá imponer condiciones cuyo cumplimiento sea vejatorio para el condenado o susceptible de ofender su dignidad o estima. Las reglas de conducta no podrán afectar el ámbito de privacidad del condenado, ni contrariar sus creencias religiosas, políticas o sus normas de conducta no directamente relacionadas con el hecho cometido.

La regla de conducta siempre tiene que estar relacionada, bien con los *déficits del sujeto* -exteriorizados a través de su delincuencia-, que es necesario corregir en lo posible a través de estas reglas, bien con *las necesidades preventivas y de aseguramiento* que requiere el sujeto o precisa el entorno de su víctima. Sin embargo, el entramado fijado por las reglas de conducta no puede tender a convertirse en un régimen parecido al de la ejecución de una pena de prisión o ser incluso más oneroso. Junto a lo antedicho, la razón de ser de todo lo que se actúe sobre el sujeto ha de venir dada en función de lo que se consigna en el último inciso del precepto: el hecho cometido, lo que supone, las necesidades que pone al descubierto, las necesidades que crea en el entorno perjudicado.

La prolija mención que el precepto hace sobre la *proscripción de la vejación y la defensa de la dignidad y estima del condenado así como su privacidad, libertad de pensamiento y autodeterminación no afectada por el delito* responde a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a una potestad que el legislador entrega al juez con carácter tan abierto y discrecional que es imprescindible dibujar al menos un marco de limitaciones. De hecho, el entramado de derechos individuales expuesto en la Constitución y la proscripción del carácter infamante para las penas (art. 27 de la misma Constitución) ya supone por sí un límite a la actuación judicial, teniendo en cuenta que en gran medida las mismas cautelas establece para las penas sometidas a su ámbito la propia Ley Penitenciaria.

No es sin embargo ociosa la mención que hace el precepto como recordatorio de la necesidad de mantener en *equilibrio las exigencias de seguridad y la libertad a la hora de adoptar medidas coercitivas*.

81

374 INCUMPLIMIENTO DE REGLAS DE CONDUCTA

El incumplimiento de las condiciones, la comisión de un nuevo delito o la sustracción del condenado a la vigilancia, permiten al juez o tribunal modificar dichas reglas o prorrogar el período de prueba, que en ningún caso podrá exceder de cinco años o hacer cumplir la pena impuesta.

El sujeto condenado se enfrenta a la asunción de unas reglas de conducta desde una *premisa de voluntariedad*, de manera que si a ello no accede no tiene razón de ser su situación en estado de suspensión de la ejecución de la condena. Como se desprende del análisis concordado de los anteriores preceptos, la situación instaurada dista mucho de ser una mera disolución de la pena, más bien es una transformación de la reacción judicial frente a la conducta delictiva del sujeto, reacción que está limitada en aras a los principios de legalidad y seguridad jurídica por el hecho de que el juez no pueda imponer condiciones de contenido vejatorio o que puedan ofender la dignidad o estima del condenado y que las que imponga respondan a criterios generales de reeducación y prevención especial.

La recaída en el delito, el incumplimiento de las condiciones impuestas o la obstaculización de la necesaria vigilancia que precisa esta clase de ejecución para

constatar el cumplimiento del suspenso conculcan por su parte el compromiso contraído, de forma que, tomándolo como presupuesto, el juez de la causa puede adoptar una triple reacción: la revocación de la situación y la *ejecución de la pena impuesta*, la *imposición de nuevas condiciones* -regidas por los criterios generales pero indudablemente relacionadas con la alteración provocada por el sujeto- y la *prolongación del periodo de prueba* hasta el tope máximo de los cinco años fijados legalmente (sin que las eventuales prórrogas en su conjunto permitan que se supere un periodo de suspensión de más de cinco años), pudiéndose combinar las dos últimas posibilidades apuntadas.

De todas formas, debe tenerse en cuenta que la forma en que se redacta el artículo supone, *no un mandato imperativo dirigido al juez, sino una habilitación para que el mismo actúe en cualquiera de las formas descritas*, ya que no de otra forma debe entenderse que el texto del precepto utilice un verbo como “permitir”. Cabría por tanto que el juez, producido alguno de los presupuestos señalados, optase por mantener la situación en su integridad, justificado ello en circunstancias suficientemente amparadoras de tal postura. El Código está claro que no establece un sistema cerrado de “segunda oportunidad”, sino que obra con un criterio más flexible.

De entre las causas que pueden dar lugar a la revocación, la que plantea especiales problemas es la *comisión de un nuevo delito*, toda vez que una cosa es la realización del hecho delictivo y otra distinta y separada en el tiempo es la condena por el mismo. En puridad, sólo puede entenderse incumplida la condición cuando el sujeto haya sido definitivamente condenado por el hecho cometido. Ello trae consigo dos consecuencias:

375

- Producido el hecho, por muy firme que sea la convicción de su carácter delictivo y su imputación al sujeto, éste se encuentra amparado por el *principio de presunción de inocencia* y no puede ello tener todavía la consecuencia negativa de la pérdida de la situación de suspensión, sin perjuicio de que la situación detectada pueda suponer, desde otro punto de vista, un incumplimiento de alguna de las condiciones impuestas que permita o aconseje la misma u otra reacción.
- Por el propio funcionamiento de la Administración de Justicia, puede suceder que la condena definitiva llegue cuando ya ha transcurrido el periodo de prueba, lo que lleva a plantearse si es entonces posible la reacción prevista en la ley. La cuestión no sería sencilla de resolver si el art. 83 no declarase categóricamente que el transcurso del periodo de prueba sin que se haya producido la revocación comporta el que se tenga por cumplida la pena impuesta en la sentencia, lo que trae como consecuencia que *sólo es durante*

ese periodo de prueba cuando el juez podrá adoptar alguna de las decisiones previstas en este precepto, precluyendo tal posibilidad una vez transcurrido el mismo.

Otros problemas trae consigo esta circunstancia, ya que se plantean dudas acerca de si *la condena por un delito imprudente o por una falta* son suficientes para entender justificada la revocación de la suspensión.

Afortunadamente, como ya dijimos, el sistema del Código sólo prevé que el Juez potestativamente pueda proceder a la revocación, por lo que, en la práctica, su actuación no revocatoria estaría perfectamente amparada y justificada. Sin embargo, es necesario hacer hincapié en la postura, toda vez que, en lo que se refiere al delito imprudente, la propia naturaleza de la institución de la suspensión se opone a la intención de delinquir manifestada en el sujeto, intención que no está presente, por definición, en el delito imprudente. Respecto a las faltas, parece lógico que, vista su consideración en el Código Penal como infracciones de menor importancia castigadas con penas menos rigurosas, un elemental principio de proporcionalidad lleve a la conclusión de que no puedan fundar la revocación, sin perjuicio de que una interpretación gramatical del precepto, cuando hace referencia a “la comisión de un nuevo delito”, comporte una consecuencia restrictiva excluyente de las faltas.

376

Dispone el art. 37.11) de la Ley Penitenciaria que corresponde al *Juez de Vigilancia Penitenciaria* el control del cumplimiento de las reglas de conducta impuestas para gozar de alguna de las formas sustitutivas de la ejecución de la pena de prisión y revocar el respectivo periodo de prueba.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Únicamente añadir –dada la amplitud del comentario– que conforme al principio de intervención mínima, la opción de cumplimiento de pena debe ser la última que se asuma, pues es la más aguda, de ahí que deban agotarse por completo las otras alternativas que podrían constituir una respuesta más adecuada. También sería oportuno señalar que ese incumplimiento debe ser deliberado a quebrantar el régimen de control de las condiciones.

Además sería importante indicar que la noción de comisión de un delito debería ser interpretado restrictivamente, por cuanto, si variase el título de imputación por ejemplo en el ámbito subjetivo, sería irrazonable proceder a decretar incumplimiento, como por ejemplo haberse concedido la suspensión condicional por un delito doloso y el nuevo delito atribuido es de índole culposos.

82

PERDÓN JUDICIAL

Cuando el hecho ha tenido para el autor, o para las personas mencionadas en el artículo anterior, o para personas afectivamente vinculadas al mismo o para su patrimonio, consecuencias lesivas de considerable gravedad y que, conforme a las circunstancias constituyen suficiente motivación para su conducta, el juez o tribunal podrá dejar sin efecto la pena de prisión que no supere los tres años.

La institución responde a una premisa de mera *humanidad* por la que se contempla la *innecesariedad de la pena* y la eventual *falta de proporcionalidad* en su aplicación si se examinan las consecuencias que el delito ya ha tenido para su autor, desde el presupuesto de que siempre la imposición y efectiva ejecución de la pena tras la comisión del delito y su declaración en el procedimiento no quieren ser otra cosa que una consecuencia negativa para el sujeto por sus propios actos, todo ello dirigido a ocasionarle al mismo un sentimiento y una realidad de repulsa adecuada a su actuación previa.

377

En este caso se parte de que la realidad que ha transformado negativamente el delito y las consecuencias, igualmente negativas, que ha traído consigo para ciertas personas afectan con tal onerosidad al sujeto delincuente y responsable que la pena es innecesaria; es como si las invocadas consecuencias negativas de la propia conducta delictiva tuvieran en sí mismas un significado punitivo para el sujeto, sustituyendo a la propia pena, que ya no es preciso imponer, pues en caso contrario, como antes decíamos, se exacerbaría sin necesidad y sin fundamento la situación del sujeto delincuente.

El precepto adolece de *un defecto de técnica legislativa* que surge sin duda de los trabajos preparatorios en los que la ordenación del Código en sus artículos debía ser distinta. En efecto, se habla de que el hecho ha tenido consecuencias negativas “para las personas mencionadas en el artículo anterior”, siendo obvio que el artículo 81 no hace mención a persona alguna. Aunque resulte aventurada nuestra interpretación, reparamos en que las únicas menciones a personas diferentes al sujeto actuante y relacionadas con el mismo que se hacen en este Capítulo constan en los artículos 78 (suspensión condicional extraordinaria) y 84 (suspensión extraordinaria de la ejecución); por el propio tenor gramatical de este artículo y por cuestiones de lógica y sistemática, somos proclives a pensar que el legislador se está refiriendo a las personas mencionadas en el artículo 84 (familia y personas que dependen del condenado).

Integrada así la redacción de la norma, podremos *interpretar* este complicado precepto con el siguiente desglose:

1º) El hecho delictivo (la conducta típica y sus secuelas materiales) tiene también efectos materiales y emotivos negativos para el propio sujeto actuante responsable de tal hecho y condenado penalmente por ello.

2º) Dichas secuelas consisten en la pérdida o deterioro de bienes jurídicos propios del sujeto responsable (piénsese fundamentalmente en el patrimonio o la integridad física) o de los que son titulares familiares o sujetos afectivamente vinculados al responsable, lo cual, en este segundo caso, sin que se quisiera como consecuencia del delito, le afecta real y emotivamente al sujeto como si de lo propio se tratara.

Tales secuelas han de haber revestido una gravedad, onerosidad o lesividad de notoria e importante trascendencia, concepto amplio e indeterminado libremente valorable por el juez, sirviendo dicha exigencia de relevancia como límite a la aplicación de la institución.

378 3º) Si se considera que la pena supone siempre la pérdida (temporal o definitiva) de un bien jurídico propio, el que la secuencia fáctica desarrollada y provocada por el sujeto ya haya traído consigo dicha consecuencia hace innecesario abundar en tal sentido a través de la ejecución propiamente dicha de la pena que la norma depara para el delito.

Esto es lo que justifica y motiva en su base la conducta del juez, ya que la referencia que la letra de la norma hace a la “motivación” de la conducta creemos que debe ir sin duda referida al extraordinario proceder del juez y no a la motivación de la conducta del sujeto actuante, para quien, si su comportamiento estuviera motivado (justificado) es obvio que no habría recibido la consecuencia de la pena.

Para terminar de perfilar la *naturaleza* de la institución debe tenerse en cuenta que se trata de una medida de aplicación discrecional por parte del juez -aunque siempre debe estar amparada y motivada en la situación legalmente descrita-, medida que está limitada a aquellas penas de prisión efectivamente impuestas (la pena en concreto y no la abstractamente señalada al delito) que no superen los tres años. A pesar del lugar en que se incluye el precepto, no estamos propiamente ante un caso de suspensión condicional de la ejecución, ya que ni se exigen los requisitos generales para ello ni se prevé la posibilidad de revocarla.

A fin de *distinguir* adecuadamente instituciones un tanto similares, piénsese que la suspensión extraordinaria referida en el segundo inciso del artículo 84 sí que supone

una suspensión provisional de la ejecución, mientras que aquí nos encontramos ante una inejecución definitiva, además de que en el artículo 84 lo que se contempla es que los males desmesurados son consecuencia de la ejecución de la pena, mientras que en el caso contemplado en este artículo tales males han sido fruto del acontecimiento mismo del hecho delictivo.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Ciertamente la exclusión de la pena en cuanto a su ejecución se asienta sobre la base de los principios de necesidad y proporcionalidad de la pena; pero su fundamento no es otro según la *ratio* del precepto que el de la llamada pena natural, la cual se fundamenta en los perjuicios derivados del delito que sufre el autor del mismo mediante su ejecución, los cuales pueden ser de índole material o moral. Merced a estos perjuicios, ciertamente la pena pierde su contenido nuclear, tanto en lo que respecta a la compensación destructiva de lo injusto, como a sus finalidades preventivas generales o especiales; entendiéndose que el perjuicio derivado de la propia comisión del delito y que afecta al sujeto activo del mismo es de tal entidad que importa ya una sanción, por lo que la pena jurídica perdería su legitimación y sería una pena desproporcionada, reposa entonces una visión altamente humanitaria de la pena, la cual no se vuelve necesaria cuando a consecuencia del delito cometido el justiciable ha recibido un lesión a sus bienes jurídicos, la idea que subyace es antigua “en el pecado se lleva la penitencia” trasladado al entorno jurídico sería que en el mismo delito se inflinge el castigo; sólo que el precepto extiende la entidad lesiva no únicamente al justiciable, sino a terceras personas a condición de que tengan una estrecha vinculación afectiva con el acusado; y además se pone énfasis en la capacidad de motivación del sujeto en este caso respecto del hecho cometido, lo cual pretende mantener la función motivadora de la norma penal y de la pena, aquí sustituida por el grave daño que sufre el agente mediante la comisión de su propio delito. En cuanto a la motivación, esta no radica en la actividad del juez, sino en la potencialidad de que el daño haya impactado en la conciencia del sujeto a posterior como si fueran los efectos de la pena. Lo antes dicho encuentra su complemento en la visión de la culpabilidad, en la cual se externa un juicio de motivación ex ante de carácter valorativo, en el cual el juez determina si al acusado le era exigible el motivarse conforme a la norma; de ahí que congruente con ello la pena pretende ser un fuente de motivación en cuanto a la protección de los bienes jurídicos, de ahí que si esta última función de motivación –la dimanada también en abstracto de la pena– es suplida por los graves daños que el sujeto ha padecido como consecuencia de su propio hecho delictivo sea que le haya afectado a él mismo o a un tercero estrechamente vinculado al justiciable, la función de motivación de la pena se estima cumplida y compensada.

Debe destacarse que este perdón es una potestad del juez con arreglo a las siguientes situaciones: a) tiene que ser declarada la culpabilidad del sujeto e imponerse una pena; b) la pena en su dosimetría en concreto no debe superar los tres años de prisión; c) el hecho delictivo cometido debe generar consecuencias lesivas graves para el autor del delito, sean materiales, morales o de índole patrimonial; d) estas mismas consecuencias lesivas pueden concurrir respecto de los cónyuges, compañeros de vida o convivientes, padre, madre, o hijo adoptivo y en parientes en línea de cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad; la interpretación propuesta por el comentarista original es acertada ante el yerro técnico legislativo y es sustentable por cuanto el precepto no sólo vincula por reenvió a estas personas, sino inclusive a otras personas relacionadas al justiciable por vínculos de afectividad estrechos; además por que estas interpretación es en derecho penal, en cuanto no son extensivas en perjuicio del reo son permitidas; e) que el daño causado a los bienes jurídicos del autor o de la persona afectada estrechamente vinculada al mismo, constituya una fundamento de motivación para la conducta externada por el acusado. Se añade que este es un elemento altamente normativo que debe ser considerado bajo esa amplitud; f) que expresamente se deje sin efecto la ejecución de la pena, que en este caso no es condicional, sino definitiva, quedando extinguida la pena; g) que el juez fundamente su decisión; h) esta causa de perdón es personalísima sólo para el acusado que se encuentra en la situación de perjudicación por el hecho cometido.

380

Por último indicar que la versión procesal de la pena natural se encuentra reglada en uno de los presupuestos del principio de oportunidad, aunque con una visión más restringida respecto de las personas afectadas, y en este caso la extinción corresponde al ejercicio de la persecución penal.

83

CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Transcurrido el período de prueba sin que se hubiere revocado la suspensión condicional, se tendrá por cumplida la pena impuesta en la sentencia.

La suspensión condicional no afectará la responsabilidad civil.

El sometimiento a prueba exitoso trae como consecuencia la no necesidad de cumplimiento de la pena sustituida, que, de hecho, se tiene por cumplida, sin que,

como se dijo al comentar el art. 81, sea posible plantear, una vez transcurrido el plazo, la eventualidad de revocar la suspensión o ejecutar la pena.

La *responsabilidad civil*, que se declara en un mismo acto que la responsabilidad penal a través de la sentencia, no tiene sentido penológico ni afecta a la individualización del reproche, por lo que corre una suerte completamente independiente de la de ésta. Por otra parte, la forma en que se configura el segundo requisito establecido en el art. 77 para la concesión de la suspensión deja ya suficientemente claro lo que este precepto recalca.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Únicamente indicar que tal revocación es competencia del juez de vigilancia penitenciaria y que si el tiempo del período de prueba ha transcurrido, sin pronunciamiento de revocación del mismo, la pena se tiene por cumplida sin que sea necesaria la declaración del juez, en ese momento, la omisión de la autoridad no perjudica al justiciable, por lo que el transcurso del tiempo sin pronunciamiento revocatorio hace que la pena materialmente este cumplida, aunque posteriormente se emita el pronunciamiento respectivo; de igual manera la extinción de la pena principal se comunica a las accesorias, que entonces se tienen por extinguida. Si la responsabilidad civil no se ha hecho efectiva, esta no se desvanece puesto que la extinción del daño civil no esta supeditada a la extinción de la pena.

381

84

SUSPENSIÓN EXTRAORDINARIA DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

El juez de vigilancia correspondiente podrá suspender la ejecución total o parcial de las penas, en los casos de pena de prisión inferior a tres años, cuando surjan fundadas razones de salud o cuando se trate de una mujer embarazada, por un plazo que no puede exceder de un año. Igualmente, el Juez podrá suspender la ejecución hasta seis meses, cuando su inmediato cumplimiento implique un daño de magnitud extraordinaria para el condenado o su familia o para las personas que de él dependan, siempre que de la suspensión no resulten consecuencias negativas para la víctima o para sus familiares.

Esta potestad es conferida al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en consonancia con lo dispuesto también en el *art. 37.7) de la Ley Penitenciaria*.

Recoge el precepto *dos supuestos distintos*: la *suspensión de la ejecución en curso de la pena de prisión* y, en segundo lugar, la *suspensión del inicio de la ejecución de dicha pena*, siempre con la limitación objetiva -por razones de política criminal- de que ha de tratarse de penas de prisión que *sean inferiores a tres años*, cuestión ésta sobre la que hay que hacer especial hincapié, ya que los preceptos anteriores, dedicados a la sustitución y suspensión de la pena, tomaban como referencia para su aplicación la pena de hasta tres años de prisión, por lo que la pena de tres años entraba en su ámbito de aplicación, lo que aquí no sucede.

La razón de ser del precepto no tiene en realidad mucho que ver con la que da lugar a las instituciones antedichas. No se trata aquí de aplicar con el máximo rigor el principio de individualización de la pena, tarea que ya se entiende llevada a cabo por el órgano sentenciador, sino que ello surge de aplicar excepcionalmente el *principio de humanidad y oportunidad* suspendiendo la ejecución de una pena de prisión que ya se ha ordenado que se lleve a cabo en sus propios términos. Por otra parte, al lado de la *excepcionalidad* de la medida, se funciona con un criterio *de temporalidad* que no se pretende signifique la elusión del cumplimiento efectivo de la pena, sino simplemente su *adecuación temporal a momento más idóneo*.

382

Por claridad cronológica, comenzamos por el segundo inciso del precepto, que hace referencia a la *suspensión del inmediato cumplimiento de la ejecución durante un periodo máximo de seis meses*. El precepto contempla una innegable realidad: el inicio de la ejecución supone un impacto en la vida de la persona que va a ser internada en prisión, lo que puede comportar la necesidad de dilatar dicho momento a fin de que esta persona u otras con él relacionadas y cuyos intereses sean respetables arreglen determinados problemas o se permita la normalización de ciertas situaciones, frente a lo cual se estima que debe decaer el interés del Estado y la comunidad en la ejecución inmediata de la pena privativa de libertad, aunque, por muy importante que sean tales razones, sólo *deben decaer ante el superior interés de la víctima o sus familiares*, no tanto por un gratuito deseo de dar cuanto antes inicio a la ejecución de la pena impuesta al ofensor, sino por la existencia de eventuales consecuencias negativas, debidamente acreditadas, que puedan dimanar del retardo en la ejecución.

Debe pensarse que en la práctica los supuestos que mejor propiciarán la concesión de la suspensión serán necesidades familiares o laborales, razones de salud o el hecho de haber solicitado el indulto, conforme a su normativa reguladora.

El supuesto recogido en el primer inciso, por exclusión de lo anterior, será el de *suspensión de la ejecución de la pena de prisión en curso*, con los límites cuantitativos señalados con anterioridad y siempre por un periodo máximo de un año. Son taxativas razones humanitarias las que fundarían la suspensión: razones de salud o el embarazo de las personas presas, sin que en este caso sea aplicable la cláusula restrictiva de que a ello puedan ser óbice eventuales consecuencias negativas para la víctima o sus familiares, entendiéndose con lógica sin duda que precisamente la situación del condenado poco puede propiciar la existencia de consecuencias de dicha índole.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Sustentar que la causa de suspensión extraordinaria, esta fundada en la utilización de la pena como mecanismo de última intervención penal, en el precepto de humanidad de las penas, y en un derecho penal instrumental orientado hacia las garantías que constata las consecuencias que puede producir, tratando de suprimir aquellas que sean perjudiciales. El énfasis está puesto en la prohibición de penas crueles o inhumanas sobre todo cuando están vinculadas al supuesto de afectación de la salud del justiciable, ello por que una pena que es legítima en sus inicios, por consecuencias ulteriores puede tornarse en una pena cruel o inhumana, como cuando el justiciable se encuentra padeciendo una enfermedad que es de difícil tratamiento en el centro hospitalario o cuando el ambiente carcelario implique un impedimento para la curación de la enfermedad o sea causa de su agravamiento, en estos casos mantener una privación de libertad puede constituir un trato inhumano, por lo cual la pena puede ser suspendida.

383

El otro supuesto cubre aspectos esenciales de mitigamiento de transferencia de la pena que se ha impuesto al condenado respecto de su familia, de ahí que esta circunstancia de afectación que debe ser extraordinaria, debe ser considerada para suspender temporalmente la ejecución de la pena.

85

LIBERTAD CONDICIONAL

El juez de vigilancia correspondiente podrá otorgar la libertad condicional en los delitos cuyo límite máximo de prisión excede de tres años, siempre que el condenado reúna los requisitos siguientes:

- 1) Que se hayan cumplido las dos terceras partes de la condena impuesta;
- 2) Que merezca dicho beneficio por haber observado buena conducta, previo informe favorable del Consejo Criminológico Regional; y,
- 3) Que haya satisfecho las obligaciones civiles provenientes del hecho y determinadas por resolución judicial, garantice satisfactoriamente su cumplimiento o demuestre su imposibilidad de pagar.

384 Cuando se tratare de concurso real de delitos, además de los requisitos establecidos, procederá la libertad condicional si el condenado hubiere cumplido las dos terceras partes de la totalidad de las penas impuestas.

La libertad condicional se concibe como un *beneficio penitenciario* cuya concesión depende de *criterios objetivos y subjetivos*, sometidos por tanto a valoración. El haber culminado determinado periodo de cumplimiento y el estado de satisfacción de las obligaciones civiles dimanantes del delito son prácticamente aspectos que no van más allá de una comprobación material, mientras que la acreditación de si el interno ha observado buena conducta es una noción que debe entenderse como algo más que el hecho de carecer de sanciones.

La Ley Penitenciaria otorga a la pena *la función de proporcionar al sujeto condiciones favorables para su desarrollo personal que le permitan una adecuada integración social cuando retorne a la libertad* (art. 2); la herramienta expresamente concebida para ello es el tratamiento penitenciario (art. 124), no obstante lo cual debe hacerse notar que el mismo se contempla como un instrumento de asunción voluntaria por el interno, cuyo rechazo no puede comportarle, por sí, consecuencias negativas dentro del régimen penitenciario (art. 126).

Por su parte, la ejecución de la pena se concibe bajo un sistema de *progresión en fases*, que trata de llegar a la que se denomina “*fase de semilibertad*”, *inequívocamente concebida como preludio de la libertad condicional* (art. 100). El interno habrá llegado a dicha fase por *un diagnóstico positivo sobre su personalidad*, pudiendo establecerse dicho diagnóstico con independencia de que el sujeto se haya sometido o no al tratamiento penitenciario; debe entenderse como diagnóstico positivo aquél que permita prever una *adecuada integración social* del sujeto y, paralelamente, una *eficaz prevención especial del delito sobre su persona*; la buena conducta no es sino un mero elemento de los varios que conforman ese diagnóstico positivo.

La forma en que el Código enumera los requisitos para acceder a la libertad condicional no plantea especiales problemas por lo que se refiere al primero y tercero:

- El *cumplimiento de una determinada proporción de la pena* es una cuestión meramente matemática que no tiene más especialidad que el hecho de que el sujeto esté cumpliendo una o varias penas, caso éste en que, como señala el último párrafo del precepto, el cómputo ha de hacerse tomando como referencia el conjunto de las penas en ejecución.
- Por lo que se refiere al estado *de cumplimiento de sus obligaciones civiles*, a la vista de la similitud de la redacción de este precepto y del art. 77 en lo que a tal afecta, nos remitimos a los comentarios efectuados en dicho artículo, con la única apostilla de que, por el momento en que se trae a colación la aplicación de la institución, lo lógico es que en el procedimiento consten con mayor claridad el grado de cumplimiento de dichas obligaciones civiles o, en su caso, las posibilidades patrimoniales del sujeto para asumirlas, siendo inusual que precisamente tras un periodo de internamiento penitenciario el sujeto haya venido a mejor fortuna.

385

La parquedad con que el Código se refiere al hecho de *haber observado buena conducta* como requisito para acceder a la libertad condicional resulta problemática, toda vez que la “buena conducta” es un concepto sumamente indeterminado y susceptible de variadas interpretaciones que, en lo más restringido, podrían hacer entender que el requisito se cumple con el mero hecho de no haber sido sancionado a lo largo del periodo de cumplimiento o haber normalizado la conducta. Sin embargo, para nuestro criterio, trayendo a colación el largo prolegómeno expuesto al principio, un sistema de ejecución de penas que responde a unos fines tan concretos, consagrados incluso en el texto constitucional (art. 27) e instaura fases preparatorias de la libertad condicional en las cuales se establecen requisitos para la progresión que van más allá de la mera buena conducta, hace lógico que se deba pensar en ella como un concepto más amplio,

como una auténtica superación de las fases de ejecución; de lo contrario, podríamos encontrarnos con que accedería a la libertad condicional un sujeto pasivo que no ha superado las distintas fases de ejecución y que se ha limitado a no ser acreedor de sanciones, sin preparar su retorno a la libertad, y en quien se mantendrían íntegros los factores criminógenos, en contra de la concepción constitucional y legal de las funciones que está llamada a cumplir la pena; es como si se premiase al penado que pretende un mero fin retributivo para la pena privativa de libertad.

El art. 37.2) de la Ley Penitenciaria recoge entre las funciones del *Juez de Vigilancia* la de acordar el beneficio de la libertad condicional y revocarlo en su caso, siendo el *Consejo Criminológico Regional*, concebido como un órgano multidisciplinar que abarca fundamentalmente las ramas jurídica, psicológica, social y educativa, el encargado de elaborar la propuesta de concesión del beneficio de la libertad condicional anticipada.

El control de la libertad condicional está materialmente encomendado *al Departamento de Prueba y Libertad Asistida* (art. 39).

El *procedimiento de concesión* de la libertad condicional viene establecido en el art. 51 de la Ley Penitenciaria, respondiendo sucintamente al siguiente esquema:

386

- 1.- Puede el Juez de Vigilancia promover su concesión de oficio o solicitarlo el mismo condenado que considere que en él concurren los requisitos para su concesión.
- 2.- El Consejo Criminológico Regional emite informe en plazo perentorio (veinticuatro horas hábiles siguientes a que el Juez se lo solicite) sobre la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos.
- 3.- El Juez de Vigilancia resuelve, especificando, en caso positivo, las condiciones que se establezcan para el disfrute del beneficio. Ello comporta la inmediata libertad del interno.

Un problema grave si lo es la forma en que el precepto se refiere a los *supuestos a los que se podrá otorgar la libertad condicional*, ya que habla de “delitos cuyo límite máximo de prisión excede de tres años”. Tal redacción parece hacer referencia inequívoca a la *determinación abstracta de la pena y no a la pena efectivamente impuesta*. Recordemos que cuando el art. 74 se refiere a la sustitución menciona a las penas impuestas y lo mismo hace el art. 77 cuando se refiere a la suspensión. Tal forma de entender el precepto hace que sea el albur de la pena abstractamente señalada al delito lo que determine la existencia de consecuencias sumamente relevantes en cuanto a la

ejecución y onerosidad de la pena, lo que no casa con la naturaleza de la institución. Es como si el Código hubiera presupuesto que a las personas a las que les puedan ser impuestas penas de prisión no superiores a tres años éstas les van a ser automáticamente sustituidas o suspendidas, por lo que no precisarían acceder a la libertad condicional, pero es obvio que ello no es así por no resultar imperativo en los preceptos que tal regulan, lo que situaría a esas personas ante la ejecución penitenciaria de su pena de prisión y sin posibilidad de acceder a la libertad condicional, la que sería posible para penados con mayor pena concreta, sin que haya explicación para ello, vista la forma en que se regula el sistema de ejecución en fases y la naturaleza de la libertad condicional como colofón de las mismas.

Más absurdo todavía es que una persona haya sido condenada a pena de prisión inferior a tres años en el marco de un delito que tiene abstractamente señalada pena superior y otra a la misma pena en un delito que tiene señalado el tope máximo de tres años. Negados, en su caso, a ambos sujetos la sustitución y la suspensión y puestos a ejecutar la pena de prisión impuesta, es irracional que uno pueda acceder a la libertad condicional y otro no, siendo ello precisamente posible para quien cometió un delito sin duda más grave por tener prevista abstractamente pena más elevada en el Código. La situación, por irracional, conculca el principio de igualdad consagrado en el art. 3 de la Constitución, pudiendo ser ello base para propugnar una interpretación integradora del precepto y que, por encima de una redacción gramatical desafortunada o una equivocación conceptual, imponga una acomodación a la Constitución.

387

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Debe señalarse únicamente los siguientes aspectos: a) lo acertado del comentario original al criticar el supuesto de la norma, cuando esta es interpretada literalmente. De ahí que una interpretación conforme con la constitución sustentada en los principios de igualdad, de necesidad de pena, de proporcionalidad y esencialmente de readaptación, hace concluir que para aquellas impuestas que sean de hasta tres años, y para las cuales se haya negado el reemplazo o la suspensión condicional de la ejecución de la pena, si es posible aplicarle el régimen de la libertad condicional, siempre que concurren los requisitos de: cumplimiento de las dos terceras partes de la pena; haber observado buena conducta; haberse satisfecho los daños civiles provenientes del delito cuando se hubiesen declarado.

b) La libertad condicional de la ejecución de la pena, no es una especie de “gracia” que la autoridad otorga al justiciable, esa visión de la libertad condicional ha sido completamente superada, de ahí que este subrogado penal, es una derivación limitativa de la consecuencia jurídica del delito que es la pena, que tiene su finalidad en el principio

de resocialización del condenado como una manifestación extrínseca del principio de dignidad humana e intrínseca del principio de culpabilidad. Por la primera se colma el principio de redención del acusado, ello es propio del reconocimiento del ser humano como un ser con plenas capacidades motivacionales que de ser potenciadas puede desde su propia autonomía cambiar de actitud. Por el otro se reconoce que si la culpabilidad es esencialmente graduable, lo cual incide en la determinación de la pena; una vez ejecutada la pena la culpabilidad también puede ser gradualmente compensable, de ahí que si las necesidades de las penas han sido ya satisfechas con una ejecución de la pena, la necesidad de la ejecución de esta ha decrecido y mantenerla sería un medida desproporcionada. De ahí que aquí conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, prive con mayor énfasis las necesidades preventivo especiales de la pena, por cuanto si estos se encuentran satisfechos, la ejecución de la pena puede descender por debajo de la culpabilidad, por cuanto esta sólo funciona como principio de máxima limitación, lo cual no impide una ejecución por debajo de la culpabilidad declarada, cuando ya la pena ha cumplido sus fines de readaptación, nuevamente el derecho penal consecuencial en el ámbito de las garantías es necesario, puesto que sólo la constatación de los efectos que produce la norma penal, permite mantener su aplicación.

- 388** c) Debe hacerse una consideración especial respecto del requisito de merecimiento del beneficio por buena conducta previo informe de favorabilidad del Consejo Criminológico Regional. El presupuesto esencial es la buena conducta, de ahí que si esta se acredita de manera suficiente, el justiciable tiene derecho al subrogado de la libertad condicional. Tal propuesta pretende relativizar el criterio de omnímodo que se le podría estar confiriendo a los informes del Consejo Criminológico en cuanto a la favorabilidad de su informe. Y es que el informe es el punto central de la cuestión, su favorabilidad no esta vinculada a la buena conducta del reo, esta debe intelegirse de parámetros sustancialmente objetivos y documentados, que prueben lo contrario, una conducta irregular. La favorabilidad o desfavorabilidad del Consejo Criminológico únicamente debe ceñirse a la procedencia o no de la libertad condicional como recomendable, de ahí que constituya una opinión que el Juez de Vigilancia Penitenciario deberá valorar, en conjunto con todos los recaudos que tenga respecto de la concurrencia o no de los presupuestos para conceder o negar la libertad condicional, empero como informe que es la opinión que ahí se enuncie por el Consejo no es vinculante para la autoridad jurisdiccional penitenciaria quien motivadamente se puede apartar del recomendable y conceder el subrogado, aunque el informe sea desfavorable. Y es que tal cuestión tiene su fundamento en que los informes del Consejo Criminológico, no tienen la virtud de ser pronunciamiento jurisdiccionales, de ahí que los mismos sólo sean opiniones a valorar por el juez que es quien tiene la potestad apreciativa y resolutive, vinculado al principio de independencia del poder judicial que en esta área impone

ejecutar lo juzgado –Art. 172 Cn– de ahí que la decisión final de considerar si se han colmado los requisitos de la libertad condicional, es de única y exclusiva competencia de los jueces, lo cual puede declarar aunque el informe sobre la procedencia del subrogado sea desfavorable por parte del Consejo Criminológico.

d) precisamente el carácter no vinculante del informe del Consejo Criminológico, así como el hecho de que la buena conducta del recluso sea un estado que tenga que ser establecido por dicho organismo, resuelve un problema que podría presentarse, que es la mora de dicha institución en rendir los informes relativos a si estiman favorable o desfavorable el otorgamiento de la libertad condicional; si ello es así y ha transcurrido el tiempo de las dos terceras partes de la condena (lo cual es tiempo suficiente para la preparación del informe) la determinación de la buena conducta que no es una situación que deba establecer el Consejo Criminológico, el Juez puede establecerla de manera objetiva y decidir si procede o no conceder la libertad condicional; en este caso la omisión del Consejo no puede perjudicar al justiciable, por cuanto aquí rige también el principio de favorabilidad del justiciable y de limitación al poder estatal, de ahí que en caso de duda lo favorable al condenado.

86

389

LIBERTAD CONDICIONAL ANTICIPADA

A propuesta del Consejo Criminológico Regional, podrá el juez de vigilancia correspondiente, conceder la libertad condicional a los condenados a pena de prisión que hayan cumplido la mitad de la condena y que satisfagan las demás exigencias del artículo anterior, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado actividades laborales, culturales, ocupacionales o de otra índole susceptibles de igual valoración y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

Esta modalidad de libertad condicional traduce una innegable idea de premio que fundamenta la propia institución de la libertad condicional y es un instrumento de acicate para que los internos mantengan, no sólo una conducta normalizada en los establecimientos, sino una conducta francamente positiva y de colaboración propia al cumplimiento de los fines previstos para la pena: el premio es la libertad.

El supuesto supone una excepción benéfica para los condenados respecto al régimen general establecido en el artículo anterior, excepción que nos permite plantearnos ciertas cuestiones en relación con la naturaleza de la institución y los requisitos que permiten acceder a la situación.

En principio, la libertad condicional aquí regulada supone una posibilidad de *discrecionalidad reglada* para que el Juez de Vigilancia excepcione el primer requisito recogido en el artículo anterior, permitiendo que accedan a la libertad condicional internos que sólo han *cumplido la mitad de la condena* y no las dos terceras partes establecidas con carácter general.

El esquema procedimental es el mismo, pues de nuevo nos situamos ante una propuesta del Consejo Criminológico Regional al Juez de Vigilancia Penitenciaria, que la aprueba, añadiéndose dos circunstancias que, por no estar incluidas en el precepto anterior, nos permiten replantearnos cuál sea el alcance de los requisitos establecidos con carácter general para el acceso a la libertad condicional.

390 En primer lugar se hace referencia al *desarrollo durante el periodo de cumplimiento de actividades de variada índole, enumerándose a título de ejemplo las laborales, culturales y ocupacionales*, sin descartar cualesquiera otras que puedan suponer una valoración positiva similar a la que tendría la integración del sujeto en las actividades expresamente enumeradas por el Código. Téngase en cuenta que el tratamiento penitenciario es de asunción voluntaria por el interno, que cuando se regula el trabajo penitenciario el art. 107 declara, con carácter general, el deber de trabajar de los internos y que la realización de actividades educativas, culturales o deportivas es una decisión meramente potestativa de los internos (capítulo IV del título VI de la Ley Penitenciaria). Desde tales premisas, la interpretación que postulamos es la de que lo que el precepto pretende es premiar al interno que, bien por sí, bien integrado en las actividades de tratamiento, ha llevado a *cabo actividades que se suponen favorables a la readaptación social y a la prevención especial del delito*, fines esenciales de la pena, siendo obvio que ha de tratarse de una actividad continuada durante el periodo de ejecución vencido. Se trata de una situación objetiva que no pretende en sí misma la constatación de un resultado positivo sobre el sujeto, sin perjuicio de que lo natural es que dicho resultado se haya producido; sin embargo, esto debe ponerse en relación con lo que se dice a continuación.

En efecto, el artículo añade un segundo requisito a este régimen excepcional y este requisito es un auténtico resultado -si es que se puede entender que un pronóstico es auténticamente un resultado-; ese resultado no es otro que el que se estime razonablemente *que en el sujeto se han producido condiciones favorables para entender conseguidos los fines de la pena* a los que en tantas ocasiones nos hemos venido

refiriendo: en este caso la reinserción social, eso sí, meramente concebida la misma como hipótesis traducida en *un informe favorable sobre la prognosis criminal del sujeto*. El delito ha puesto de manifiesto tanto que el delincuente tenía en su persona determinados déficits que impedían una adecuada integración en la sociedad y el respeto de sus normas, o al menos de algunas de ellas, y, por otra parte, que el sujeto entrañaba una cierta peligrosidad de atentar contra ciertos bienes jurídicos; la pena, en la que tampoco cabe olvidar un componente retributivo, trata de incidir sobre esos ámbitos para neutralizarlos o hacerlos desaparecer y para llevar a cabo esa función se da un tiempo, el de su duración; si antes de ello se llega a un razonable pronóstico de éxito, se entiende que la pena ya no tiene razón de ser, al menos en la forma en que fuera concebida en su primer momento de ejecución, pudiendo decirse, en contrapartida, que igualmente a eso podría haberse llegado antes del cumplimiento de la mitad de la condena, lo cual, por ser cierto, nos lleva a pensar que *la pena lleva aparejada también una finalidad puramente retributiva*.

Tal es la forma en que entendemos que debe concebirse el alcance de estos requisitos, lo que nos lleva a retomar el tema del significado que en el artículo anterior tiene el requisito de “buena conducta” consignado. No sería irrazonable pensar que, vistas las pretensiones del régimen excepcional ahora plasmado, la buena conducta, como regla general, quedaría como un paso anterior, una mera constatación objetiva de buen comportamiento, desnuda de cualquier pretensión exitosa de logro de los fines de la pena; sin embargo, nos reafirmamos en lo que antes dijimos por el absurdo al que creemos que podría conducir tan raquítica concepción: sería difícil progresar en las fases de ejecución sin mayores logros o se situaría en libertad condicional a personas con auténticos riesgos objetivos de delincuencia, desde luego siempre presentes en el liberado condicional, pero sin duda más atenuados.

391

Por ello entendemos que, desde una misma concepción de progreso en al ejecución y en sus éxitos, *la diferencia entre el régimen general y el especial de acceso a la libertad condicional debe radicar en concebir al segundo como un premio ante la mayor implicación del sujeto en la superación de sus déficits personales y sociales*, con una aparición de mayores garantías de haberse logrado una adecuada socialización y por ello la minoración del riesgo que su reintegración supone. *La diferencia sería pues fundamentalmente cualitativa*, aunque reconocemos que esta interpretación tal vez no sea satisfactoriamente acompañada a plenitud con la literalidad de los preceptos que desarrollan la institución.

87

OBLIGACIONES INHERENTES A LA LIBERTAD CONDICIONAL

El beneficio de la libertad condicional deberá ser acordado por el juez de vigilancia correspondiente, mediante resolución en que especificará las condiciones a que estará sujeta la libertad del favorecido durante el período de prueba. Las condiciones serán las mismas señaladas en el Art. 79 de este Código.

392 La libertad condicional supone que el condenado pasa a un estado de naturaleza distinta a la ejecución de la pena privativa de libertad, pero no supone el fin de la sujeción a las consecuencias de la condena ni el final de la actuación reglada sobre el mismo, *siendo consustancial a la naturaleza de la institución el que el sujeto se someta a un conjunto de condiciones de vida en libertad*. Para ello, el Código hace una *íntegra remisión a lo dispuesto en el art. 79*, por lo que al comentario llevado a cabo en ese artículo nosotros íntegramente nos remitimos, haciendo únicamente hincapié en el hecho de que, aunque la remisión se efectúa nominalmente tan sólo al art. 79, resulta íntegramente aplicable la limitación establecida en el art. 80, toda vez que, como ya señaláramos entonces, los principios que se consagran en tales reglas limitativas podría decirse que serían aplicables en su mayor parte incluso al cumplimiento de una pena privativa de libertad y por ello más todavía a un estado de libertad como el que aquí se define.

No hay motivos para que sea de peor condición el suspenso que el liberado condicional.

El catálogo de condiciones queda implícitamente completado con lo que dispone el art. 89 respecto a la *no comisión de nuevo delito durante el periodo de libertad condicional*, si bien en este caso, como luego veremos al estudiar con más profundidad el art. 89, al contrario de lo que sucedía en el caso de suspensión de la ejecución, la comisión del delito no es causa que potestativamente pueda dar lugar a la revocación de la situación, sino que, en el caso de la libertad condicional, ello es un *mandato imperativo dirigido al juez*.

88

PERÍODO DE PRUEBA

El período de prueba a que estará sujeto quien goce del beneficio de la libertad condicional, comprenderá el lapso que le falte al beneficiario para cumplir la condena que se le hubiere impuesto.

La concepción de la libertad condicional como íntimamente unida a la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia, configurándose propiamente como una forma de cumplimiento de la misma o un estado en que los fines pretendidos con la ejecución de la pena se llevan a cabo en forma que no requiere la premisa de la privación de libertad del sujeto, lleva a una consecuencia como la que se articula en este precepto: el que el periodo de libertad condicional esté íntimamente ligado a la duración de la pena, más allá de lo cual pierde toda posible eficacia la sujeción al condenado, con independencia de que los fines de la pena o de las condiciones impuestas hayan surtido o no su eficacia, lo que tiene su consagración correlativa en los categóricos términos del art. 92.

393

89

REVOCATORIA POR NUEVO DELITO

Si durante el período de prueba el reo cometiere un nuevo delito doloso y se decretare su detención provisional por éste, será revocada la libertad condicional, sin perjuicio de que si resultare sobreseimiento definitivo, el favorecido podrá seguir gozando del beneficio expresado.

Retomando lo que comenzáramos a señalar en el comentario al art. 87 respecto a la concepción de la comisión de un nuevo delito como causa de revocación de la libertad condicional o, desde otro punto de vista, la concepción del hecho de que no se cometa como condición inherente a su disfrute, resulta lógica la inclusión de esta circunstancia como supuesto que puede dar al traste con el disfrute del beneficio, considerándose sin duda incompatible el hecho de que un penado ejecutado haya pasado a disfrutar el régimen de mayor confianza y que ello lo conculque con la mayor ofensa posible: la comisión de un delito.

Sin duda es por ello que las consecuencias y su régimen de aplicación son notoriamente más estrictos que en el caso de la suspensión de la ejecución. De entrada, debemos decir que en este caso *la revocación resulta imperativa*, lo que se deduce inequívocamente de los términos empleados en la redacción del precepto (“será revocada”), llegándose incluso al extremo de no esperar siquiera a la sentencia definitiva, posicionamiento que crea sin duda serios problemas, al tiempo que puede resolver ciertas situaciones.

394

En efecto, en puridad de criterios, aunque una persona haya cometido un delito y se vea sometida por ello a un procedimiento, su consideración jurídica es la de inocente (art. 12 de la Constitución), por lo que tan categórica definición no debiera presentar fisuras como la que en este caso supone el que una situación de beneficio le sea revocada por el mero hecho de su sujeción a un procedimiento en el que, por otra parte, su estatuto está teñido por la misma circunstancia de inocencia hasta la sentencia definitiva. Sin embargo, no es tan sólo la sujeción a un procedimiento lo que puede dar lugar a la revocación, sino que, como requisito acumulativo ineludible, es imprescindible *que se haya decretado la detención provisional del imputado liberado*, lo que da mayores garantías en cuanto a la gravedad de la situación presentada, pues resulta obvio que, vistos los requisitos que para ello deben concurrir -según señala el Código Procesal Penal, básicamente en sus arts. 292 y 293- serán situaciones de una cierta gravedad y con un alto grado de convicción en cuanto a la imputación del sujeto las que puedan llevar a la adopción de la cautela y a fundar por tanto la revocación de la libertad condicional. De todas formas, la pretensión del Código puede ser difícilmente maquillada: la mera sujeción al procedimiento en trámite ya comporta para el sujeto una situación odiosa como es la revocación de la libertad condicional.

Sin embargo, ahondando en el tema puede verse que el problema quizá no sea tan profundo como se pretende; de hecho el sistema que mejor hubiera casado con la naturaleza de la situación hubiera sido hablar *no tanto de revocación sino de suspensión de la libertad condicional mientras el sujeto permanezca sometido a la medida cautelar de detención provisional* durante la tramitación del procedimiento, retornando a la situación de libertad condicional activa si en el curso de ese mismo procedimiento se deja sin efecto la medida cautelar adoptada, toda vez que no hemos de olvidar que la misma está concebida con criterios de excepcionalidad y temporalidad.

El Código parte de una concepción que ojalá fuera real: la rápida tramitación de los procedimientos penales, como si el tiempo que va desde la imputación de una persona en un procedimiento hasta que se declara el sobreseimiento definitivo de éste o se obtiene la sentencia definitiva fuera corto, cuando la realidad enseña que hay bastantes más posibilidades de que, en una gran mayoría de casos, antes finalice el cumplimiento

de la pena, primero liberada y luego revocada, que el propio procedimiento penal en trámite.

Es preciso hacer una interpretación racional de lo que el Código puede pretender, toda vez que como premisas de la revocación habla de que el liberado haya sido sometido a un procedimiento por delito en el que se haya decretado su detención provisional, *mientras que como final de dicha situación de revocación sólo menciona el sobreseimiento definitivo*. Sin embargo, vista la naturaleza de dicha resolución y del momento y circunstancias en que puede surgir dentro del procedimiento penal, ello se nos antoja notoriamente insuficiente. Por una parte, el imputado que inicialmente fue sometido a detención provisional puede dejar de estarlo, por lo que recobra la libertad, situación compatible con la libertad condicional a pesar de que el sujeto sigue estando sometido a un procedimiento en el que todavía no se haya acordado el sobreseimiento definitivo. Por otra parte, el procedimiento puede terminar por sobreseimiento provisional, situación que, por definición, responde a la falta de elementos suficientes para fundar la acusación, lo que, desde luego, no parece que deba perjudicar al liberado como perpetuo estado de sospecha.

Para nosotros, aunque el Código no lo diga expresamente, *tanto el sobreseimiento provisional como, obviamente, la sentencia absolutoria definitiva deben ser causa de que se deje sin efecto la revocación* y el favorecido pueda seguir gozando del beneficio de la libertad condicional. Más problemas plantearía el momento en que el liberado inicialmente sometido a detención provisional deje de estarlo aunque el procedimiento siga su curso; es obvio que no se ha llegado todavía a la situación de sobreseimiento definitivo ni a las otras dos situaciones para las que hemos propugnado la misma eficacia, pero, por otra parte, también puede considerarse que han decaído los presupuestos que dieron lugar a la revocación: el que el sujeto estuviera sometido a un procedimiento penal como imputado habiéndose decretado sobre el mismo la detención provisional, luego la ausencia de los presupuestos debe dar lugar a la ausencia de la consecuencia. Tal interpretación entendemos que es la que mejor casa con el máximo respeto al principio de presunción de inocencia, de manera que *sólo una situación contraria a la propia libertad como es la detención provisional es la que, por su incompatibilidad material, puede dar lugar a que el sujeto quede privado del goce del beneficio y mientras ello dure*.

395

Sólo el *delito doloso* puede ser el presupuesto que, unido a la referida situación procesal, puede dar lugar a la revocación o suspensión del beneficio. Resulta clara una posición restrictiva del Código en cuanto que limita a la comisión de un delito, con exclusión de las faltas, la posibilidad de fundar la revocación, además de que su naturaleza debe ser necesariamente dolosa. Nos remitimos a los comentarios que en el art. 81 hacíamos

propugnando que el delito imprudente no debería dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución, si bien en este caso es obvio que no hay ninguna duda interpretativa por lo explícito del precepto, considerando que esto supone una confirmación de la interpretación que entonces propugnábamos para la suspensión.

90

REVOCATORIA POR INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES

También la libertad condicional podrá ser revocada a juicio prudencial del juez de vigilancia correspondiente, si el beneficiario no cumpliera alguna de las condiciones que le fueron impuestas al otorgársele el beneficio.

396 Con un encomiable criterio de proporcionalidad, el legislador no ha equiparado la comisión de un delito al incumplimiento de condiciones como causa de revocación de la libertad condicional. Es obvio que la gravedad de uno y otro comportamiento es distinta -mayor en cuanto a la comisión delictiva-. Por ello, el incumplimiento de una condición es causa que *sólo potestativamente y bajo criterio prudencial* -debidamente motivado- del Juez de Vigilancia puede dar lugar a la revocación de la libertad condicional.

El art. 37 de la Ley Penitenciaria señala como funciones del *Juez de Vigilancia* el *control del cumplimiento* de las condiciones o reglas de conducta impuestas para gozar de alguna de las formas sustitutivas de la ejecución de la pena (apartado 11): por su parte el apartado 10 permite que el Juez *modifique las reglas o condiciones* impuestas durante el periodo de prueba. Esto consideramos que completa adecuadamente el sentido que debe darse a este precepto a fin de que -lo mismo que sucedía en el art. 81 respecto a la suspensión de la ejecución- el Juez que vea incumplida alguna condición pueda proceder a su modificación. Ello parece lógico, no sólo al amparo del precepto invocado, sino porque sería ilógico que se pueda hacer con la suspensión algo que no resulte posible con la libertad condicional.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Sólo dos aspectos deberán ser abonados: a) la revocación es una decisión de *última ratio* de ahí que la misma no debe ser pensada como la primera opción ante el incumplimiento de alguna de las condiciones; b) el incumplimiento de las condiciones

debe ser objetiva y subjetivamente imputado al reo, es decir como una forma intencional de quebrantar el régimen de prueba, ello debe ser fehacientemente establecido. Además el sólo hecho de haberse incumplido una regla de conducta no debe suponer la revocatoria de la libertad condicional, deben considerarse el tipo de condición infringida y la intensidad de la misma, de ahí que si es posible optar por otra manera de solución, ello debe ser considerado para propiciar el cumplimiento de las condiciones, ello pasaría por nuevas formulaciones de las condiciones que pudiesen ajustarse a la situación del justiciable, si ello es posible, o si esa situación esta vinculada como motivo de incumplimiento, lo anterior indica que debe haber suficiente flexibilidad para potenciar que el régimen de prueba y las condiciones establecidas puedan ser cumplidas, sin duda la revocación de la libertad condicional debe ser la última opción.

91

EFFECTOS DE LA REVOCATORIA

La revocatoria de la libertad condicional obliga a cumplir el resto de la pena, sin perjuicio de la pena que correspondiere en caso de nuevo delito cometido.

397

La libertad condicional supone un paréntesis en el cumplimiento de la pena de prisión en sus propios términos. Durante su duración, sigue avanzando el cómputo de la pena y, finalizada la situación de libertad condicional por revocación, *se vuelve al cumplimiento de la pena en sus propios términos por el tiempo que reste hasta su extinción definitiva*, sin que ello sea óbice para que durante dicho periodo de tiempo el sujeto pueda volver a ser acreedor de una nueva concesión del beneficio.

No se prevé por tanto la pérdida del tiempo pasado en libertad. *El transcurso de éste siempre se computará en la pena.*

Para nuestro criterio, en principio, el reingreso del sujeto en un establecimiento penitenciario permitiría reubicarlo en cualquiera de las fases de ejecución de la pena previstas en el capítulo II del título VI de la Ley Penitenciaria, no habiendo previsión legal al respecto y siendo compatible la problemática del sujeto con las circunstancias que propician su inclusión en cualquiera de las fases previstas.

92

CUMPLIMIENTO TOTAL DE LA PENA

La libertad se tendrá como definitiva y la pena se considerará extinguida en su totalidad, si durante el período de prueba al que se refiere el Art. 88 de este Código no hubiere sido revocada la libertad condicional.

El transcurso del periodo de prueba sin delinquir y con correcto cumplimiento de las condiciones establecidas comporta la *extinción de la pena*.

La importancia que tiene este precepto, de significado tan obvio, radica en que implica una *limitación temporal -la duración de la pena- para la actuación de las facultades de revocación*, de manera que, transcurrido el periodo, ya no es posible traer a colación hechos pasados acaecidos durante la fase de prueba para fundar una eventual revocación de la libertad condicional: la resolución revocatoria debe dictarse durante el periodo de prueba y sus efectos se extinguen con el fin de la pena.

398

92-A

EXCEPCIONES A LAS FORMAS SUSTITUTIVAS

No se aplicará el artículo 85 a los sujetos reincidentes, habituales, a los que hayan conciliado, antes del nuevo delito, en los últimos cinco años una infracción similar, o a los que pertenezcan a organizaciones ilícitas o con finalidad ilícita, bandas o pandillas criminales, a los que realicen su conducta en grupo de cuatro o más personas, en los casos de delitos que lesionen o pongan en peligro la vida, la integridad personal, la libertad ambulatoria, la libertad sexual o el patrimonio.

Se considera reincidente o habitual al sujeto que cometa el hecho punible en la circunstancias establecidas en el numeral 16 del artículo 30 de este Código. (11)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Antes de considerar la conformidad constitucional del precepto quizá convenga afirmar una cuestión referida a su vigencia, el mismo al ser restrictivo de derechos

fundamentales, únicamente podría afectar –si es conforme con la Constitución– a las personas que hayan cometido hechos posteriores al día de su vigencia; por una parte, es obvio que tal norma esta vinculada a la pena en cuanto a su aspecto ejecutivo, es decir a la forma de cumplimiento, de ahí que su conexión con el aspecto cualitativo de la pena, es notorio; por otra parte dicho precepto es más limitativo del derecho fundamental de la libertad, por cuanto impide la extensión del subrogado penal de la libertad condicional en las condiciones que ahí señala, dichas condiciones anteriormente no estaban integradas a ninguna norma penal, por ende son sobrevinientes y se configuran con el propio precepto; al ser una norma que incluye mayores restricciones al derecho de libertad la norma en el ámbito penal es desfavorable, por cuanto impone una situación restrictiva de derechos que antes no se había limitado; por ello dicho precepto no puede ser aplicado retroactivamente por que en el ámbito del derecho penal, sólo aquellas normas que representen un mayor rango de favorabilidad, pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, en tal sentido dicha norma penal es irretroactiva para todos aquellos hechos sucedidos antes de su vigencia.

Conviene ahora examinar su conformidad con la Constitución, para ello es conveniente examinar con un poco de mayor profundidad los alcances limitativos de dicha norma. La libertad como derecho fundamental no es absoluto y puede ser legítima su restricción siempre que se haga de manera proporcional y respetando su núcleo esencial; además la libertad en cuanto a las limitaciones que soporte, puede entrar en conexión con otros principios de carácter constitucional.

399

En el ámbito del orden penal, la libertad en la modalidad de libertad ambulatoria, es posible limitarla de dos maneras: mediante coerciones materiales –imposición y ejecución de penas o medidas de seguridad– las cuales tienen lugar en el ámbito del derecho penal y del de ejecución de penas y medidas; las coerciones procesales –medidas cautelares– las cuales son del régimen procesal penal; en ambas áreas, las limitaciones a la libertad, no pueden representar una afectación del núcleo esencial del derecho de libertad, en virtud de ello, diversos principios coinciden a regular las afectaciones. Respecto de la coerción procesal es la presunción de inocencia el regulador de la libertad personal, de ahí que las limitaciones que se hagan a dicho derecho fundamental, nunca pueden ser en abstracto y mediante formas absolutas que impidan la valoración de las situación concretas, es por ello que la privación de libertad como detención provisional no es la regla general sino la excepción, así se preserva la garantía de presunción de inocencia y del derecho de libertad, limitando su privación a la concurrencias de circunstancias específicas, que razonablemente permitan una restricción sobre la concurrencia de motivos fácticamente acreditados, si es oportuno indicar que en este caso se esta ante una persona que es hasta ese momento inocente. Cuando ese equilibrio ponderativo se ha quebrantado mediante fórmulas absolutas de

detención provisional, la Sala Constitucional se ha decantado por su declaración vulnerativa de la Constitución.

Respecto de la pena, en el ámbito de la coerción material –a mi juicio– se plantea el mismo problema, sólo que ante una persona condenada, que ya no esta tutelada por la presunción de inocencia, lo cual sin embargo no es óbice para que otros principios de rango constitucional regulen la restricciones al derecho de libertad que en este caso se encuentra limitado por la pena. El principio que aquí interesa el de resocialización inserto en el artículo 27 Cn, el cual es una derivación del principio de culpabilidad establecido en el Art. 12 Cn, ambos conectados al principio de dignidad humana. De ahí que, mediante el principio de resocialización se pretenda que la pena impuesta al condenado y su ejecución persiga unos determinados fines respecto del gobernado que ha de ver limitado sus derechos, la posibilidad de readaptación y para ello la oferta estatal, es crear todo un modelo de asistencia, inculcar hábitos de trabajo, de estudio, de respeto, que posteriormente le permitan al penado una opción readaptativa. Para ello es instrumento de *prima ratio* es la libertad condicional, puesto que la posibilidad de readaptación se acrecienta más cuando el encartado tiene como oferta la posibilidad real de alcanzar una libertad anticipada; de ahí que gran parte de la probabilidad de readaptación descansa en instrumentos de concreción como el de la libertad condicional.

400

Desde el principio de culpabilidad la libertad condicional se vincula a la prohibición de exceso en la ejecución de la pena, por cuanto si la pena como mecanismos instrumental preventivo, ha cumplido ya sus fines en cuanto posibilitar una incursión del justiciable a un modelo de vida diferente asumido desde su propia autonomía mediante la oferta penitenciaria, es obvio que el continuar con la ejecución de la pena sería un acto irrazonable y desproporcional, que afectaría el principio de proporcionalidad afectando más allá de lo imprescindible al derecho de libertad, la pena en consecuencia al no ser necesaria sería excesiva; para limitar esos ámbitos de poder el instrumento que se utiliza por el principio de necesidad es la libertad condicional que permite bajo criterios objetivos y comprobables determinar si una persona condenada por un delito puede incorporarse al orden social o si por el contrario la ejecución de la pena debe mantenerse.

Estos aspectos esenciales de los principios de resocialización y de culpabilidad en la ejecución de la pena, se ven completamente alterados cuando el modelo de libertad condicional –siguiendo la formula de la prisión preventiva– se ve suprimido en abstracto y de manera absoluta para todos los casos, no permitiendo el principio de diferenciación, por lo cual todos los casos bajo un mismo supuesto normativo reciben un mismo tratamiento sin que se encuentren en las mismas condiciones, tale limitaciones afectan esencialmente los principios aludidos y el derecho de libertad. De ahí que, si conviniesen limitaciones estas no pueden imponerse bajo fórmulas de carácter total que mediante

arquetipos normativas impongan limitaciones a todos los casos sin considerar sus particulares condiciones, por que ello es excesivo, con lo cual los principios aludidos resultan disfuncionales en su aplicación, efecto que la norma secundaria no debe provocar por cuanto altera la regulación esencial del principio, tornándolo inefectivo para los fines para los cuales fue preordenado, para el caso, respecto del principio de resocialización, se impediría en general la potenciabilidad de la readaptación de los condenados; y respecto del principio de prohibición de exceso, su no capacidad regulativa de aquellas medidas desproporcionadas. De ahí que la formula de prohibición de la aplicación de la libertad condicional sea excesiva y trasgrede principios de orden constitucional con lo cual resulta mediatamente afectado el principio de dignidad humana.

Las fórmulas de prohibición para el otorgamiento de la libertad condicional son los siguientes: 1) que los sujetos sean reincidentes o habituales. Respecto de este tópico ya se indicó *supra* que la consideración de la reincidencia y la habitualidad son normas de un claro derecho penal de autor que trasgrede palmariamente el Art. 12 Cn que estatuye el principio de culpabilidad, por cuanto el derecho penal únicamente se predica de los hechos que cometen las personas, pero no de las personalidades, es por ello que esta cláusula de denegación tiene reparos de orden constitucional añadidos por lo cual su aplicación es contraria a la Constitución.

401

2) A los sujetos que hayan conciliado antes del nuevo delito en los últimos cinco años una infracción similar. El motivo de denegación sería la conciliación de un delito parecido. Dos reparos se hacen a la formula, la conciliación como mecanismo de justicia reparatoria no presupone la culpabilidad del justiciable, la persona que concilia no por ello es culpable y como la culpabilidad únicamente puede ser declarada después de un juicio, la persona que ha conciliado mantiene su estatus de inocente, puesto que no ha sido vencido en juicio; en tal sentido la denegatoria de una medida que tiene por finalidad potenciar la readaptación del recluso, es irrazonable por cuanto no hay causa legítima para su limitación a menos que se concluya que toda la persona que concilia es culpable, pero ello sería nugatorio de la presunción de inocencia y por ello indicamos que al carecer de un fundamento razonable la medida de denegación es desproporcionada, y de esa manera no es posible limitar principios constitucionales y derechos fundamentales. Por demás la remisión a infracciones similares, es un reenvío a una cláusula indeterminada prohibida por el principio de legalidad que impone en materia de restricciones fórmulas precisas y descriptivas, lo cual se ha incumplido.

3) A los sujetos que pertenezcan a organizaciones ilícitas o con finalidad ilícita, bandas o pandillas criminales. El precepto introduce una valoración de derecho penal autoral, señalando una situación de mera asunción de vida, de ahí que la formulación sea

indeterminada, por cuanto se refiere conceptos que no se estructuran en los tipos penales, salvo algunos específicos delitos. De ahí que la aplicación de esta limitación a la libertad condicional únicamente podría ser de recibo para delitos que en su estructura típica requieran este concepto de unificación delictiva, si la misma no concurre al tipo penal la limitación no tiene aplicación. Sin embargo, como lo exprese antes, la afectación desmedida al principio de resocialización de manera abstracta por la aplicación del supuesto normativo, es una razón suficiente para su inaplicación si así se estima.

4) A los que realicen su conducta en grupo de cuatro o más personas, lesionando o poniendo en peligro la vida, la integridad personal, la libertad ambulatoria, la libertad sexual o el patrimonio. Se nota que se ha pretendido alcanzar con el precepto a la codelincuencia, lo cual los excluiría del supuesto que precede, no por el número de personas sino por el grado de organización.

402

Como indique la prohibición me parece irrazonable y desproporcionada, por cuanto si se nota desvalores propios del injusto culpable, se pretenden insertar en la ejecución extendiendo valoraciones del hecho ilícito culpable a eventos posteriores que corresponden a la ejecución de la pena –como es el caso de conceder o no la libertad condicional– lo anterior supone una doble valoración de la culpabilidad del injusto lo cual esta prohibido, por cuanto, la misma situación que será valorada para colmar el desvalor de la conducta y del resultado, así como el grado de culpabilidad, se retoma nuevamente para negar una posibilidad de libertad condicional. Si la libertad condicional es un elemento sustancial del principio de resocialización, se realiza una ficción de culpabilidad perenne, lo cual me parece no permitido, si el apoyo es en nociones de peligrosismo, esa dimensión es totalmente opuesta a los fines de la pena que únicamente se legitiman en su base por la culpabilidad. Es por ello que, en todo caso, una interpretación restrictiva del precepto –si es que se estima su conformidad con la Constitución– debe exigir que la libertad condicional se deniegue por motivos *ex post* al hecho delictivo y no *ex ante* puesto que sólo así se garantizara la prohibición de doble desvaloración, en tal sentido para denegarse la libertad condicional no deben concurrir los requisitos que se exigen en el artículo 85 CP para su procedencia.

Es conveniente indicar algunas cuestiones generales respecto de las medidas de seguridad: 1) la primera de ellas es reafirmar que las medidas de seguridad son consecuencias jurídicas del delito, de ahí que sólo se trate aquí de medidas de seguridad post-delictuales, mismas que están regidos por todos las garantías mínimas, en el sentido que las medidas de seguridad deben respetar el principio de legalidad, de ahí que sólo se puedan imponer por un hecho que constituya delito, definido de manera escrita, lo cual requiere predeterminación legislativa; la medida debe estar determinada de manera previa al hecho, con lo cual se impide su retroactividad salvo que la medida posterior

sea más favorable; debe ser cierta e inequívoca, con lo cual la medida de seguridad debe establecerse de manera específica sin uso de cláusulas ambiguas; por último la medida debe impuesta mediante una interpretación estricta de la normas, se prohíbe por ende la interpretación extensiva y sólo se admite la favorable.

2) las medidas de seguridad únicamente pueden ser impuestas si la conducta ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, de ahí que la imposición de las medidas de seguridad este resguarda por el principio de ofensividad, no basta entonces el mero desvalor de la acción para imponer una medida de seguridad, ni basta la mera infracción normativa, debe además mínimamente haberse puesto en peligro un bien jurídico, si ello no acontece la mera tipicidad objetiva no es suficiente para la imposición legítima de una medida de seguridad, aunque la persona adolezca de un déficit en su capacidad psíquica.

3) También la objetividad del delito en cuanto agotamiento del tipo objetivo no es fundamento suficiente para que a una persona se le impongan medidas de seguridad, sino que la conducta del inimputable debe ser atribuida en sede de tipicidad subjetivamente, de ahí que sólo si el inimputable actuo con dolo o culpa es posible sustentar la tipicidad completa de la conducta; ello por que precisamente la garantía del *Nulla poena sine culpa* estatuida en el artículo 4 –que es derivado del principio de culpabilidad del Art. 12 Cn– establece que “La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa”. De ahí que la conducta del inimputable sólo tiene relevancia penal si ha sido cometida dolosamente o culposamente, de lo contrario esta prohibido la imposición de medidas de seguridad por cuanto su fundamento sería únicamente la producción de un resultado lesivo sólo atribuido objetivamente pero no subjetivamente.

403

4) La imposición de las medidas de seguridad únicamente obedece a la necesidad de su aplicación y se rige por el principio de proporcionalidad de ahí que lo injusto es el fundamento esencial de la imposición de la medida. Precisamente esa forma de intervención de *última ratio* de acuerdo a parámetros de necesidad de la medida establece que su imposición se corresponde únicamente con delitos y no con faltas, señalándose con precisión la dosimetría en concreto de su duración.

5) La imposición de medidas de seguridad debe colmar todas las garantías del proceso penal, de tal manera que las mismas garantías que se conceden a los imputables operan para los inimputables. De ahí que a los mismos los ampare la presunción de inocencia, la carga de la prueba no les corresponde, en caso de duda sobre situaciones de hecho opera la máxima *indubio pro reo* las medidas de seguridad sólo pueden ser impuestas si se ha seguido el procedimiento regular –audiencia inicial, fase de

instrucción, etapa preparatoria y juicio— así como únicamente corresponde al juez de sentencia imponer medidas de seguridad por cuanto la imposición de estas sólo procede mediante el agotamiento de un juicio. Le corresponde al acusado la garantía de la prueba, de ahí que el injusto penal debe ser acreditado en cada uno de los elementos que lo conforman por quien lo acusa; y el justiciable tiene derecho a ser representado por un abogado que ejerza sus derechos y que ejercite su defensa.

404

6) Las medidas de seguridad aunque restringen derechos pueden ser privativas o no de la libertad. La internación es el prototipo de la medida de seguridad privativa de libertad y su utilización debe ser siempre la de un instrumento de última intervención penal, puesto que sus efectos son altamente limitadores de derechos fundamentales, de ahí que la necesidad y la excepcionalidad como formas manifiestas del principio de proporcionalidad deben preceder como fundamentos en este tipo de medidas. Por otra parte esta el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad que son las que en los últimos lustros han tenido una mayor difusión en la dogmática actual, por su menor impacto restrictivo en los derechos fundamentales, su fundamento se nutre en las reformulaciones del pensamiento criminológico bajo las teorías de “las actividades cotidianas” lo cual significa un alejamiento de la medida de las penas privativas de libertad, tratando de respetar el principio de normalidad, por la cual la medida debe ejecutarse en el mismo ámbito en el cual la persona se desarrollara posteriormente de manera que no se cree por los fenómenos de la privación de libertad una ruptura respecto de la inserción social de la persona. Como se ve es un cambio de paradigma en materia de medidas de seguridad por cuanto el enfoque positivista criminológica de impronta peligrosista resulta reducido a su mínima expresión por cuanto ya no interesa la observación peligrosista o enferma de un ser humano atávico, y tampoco es finalidad la modificación de estas “conductas perversas”; de ahí que el enfoque sea de dos vías prevención natural y prevención técnica, mediante el desarrollo de las propias limitaciones, con control flexible del estado.

Ahora es oportuno indicar que si la imposición de medidas de seguridad, requieren la realización de una conducta descrita como delito en su ámbito de tipo penal, cometido con dolo o con culpa, ofendiendo un bien jurídico al menos en grado de peligro y que la medida asegurativa sólo se impondrá si fuese necesaria y en grado proporcional al desvalor del injusto, es plausible sostener que la peligrosidad ya no es el fundamento esencial para la imposición de la medida de seguridad al menos de lege lata. La peligrosidad personal es una prognosis de futuros comportamiento delictuales que se pueden cometer, en tratándose de inimputables, tal pronóstico se afirma en virtud de una disfunción mental de la cual adolece la persona, asociado a la comisión de un delito, ellos son los indicadores del juicio de peligrosidad. Ahora bien, como lo expresamos *supra* en un derecho penal democrático, tales basamentos no alcanzan

para fundar la imposición de una medida de seguridad, puesto que ni enfermedad mental ni enajenación mental, deben ser equiparadas a peligrosismo, puesto que tal visión se corresponde a la ideología terapéutica de la “locura”, enfoque bajo el cual todo persona perturbada mentalmente es esencialmente peligrosa y para su bienestar y el de la sociedad debe ser recluida, tal enfoque es propio de un derecho penal de autor que avasalla el derecho penal de conducta, el cual garantiza también al inimputable. De ahí que, al requerirse que la imposición de medidas de seguridad necesiten como presupuesto una conducta dolosa o culposa, que haya ofendido bienes jurídicos, definidos como delitos y que la consecuencia jurídica de los mismos –la medida– sólo puede ser impuesta si es necesaria y en grado proporcional al hecho, resulta plausible sostener que las medidas de seguridad ya no se asientan sobre el pronóstico de peligrosidad como su fundamento esencial.

De ahí que, la medida de seguridad para su imposición requiera, de la comprobación de que el inimputable ha cometido un injusto penal, es decir que a ejecutado un hecho típico tanto en su ámbito objetivo como en su aspecto subjetivo, que este hecho ha sido perpetrado de manera antijurídica, con lo cual no ha concurrido ninguna causa de justificación que dispense la ilicitud del acto. Sólo si la conducta es típica y antijurídica, el inimputable puede ser objeto de la imposición de una medida de seguridad, siempre que se colme el parámetro de necesidad de la medida asegurativa, por que si la misma es innecesaria desde los fines preventivos especiales, la misma no debe ser aplicada.

405

De acuerdo con lo anterior, la imposición de la medida de seguridad puede ser excluida, por falta de concurrencia de un elemento de la tipicidad objetiva, incluida la autoría o participación en el delito cuando no se demuestra; de igual manera en sede de tipicidad pueden concurrir como excluyente un error de tipo; o si por ejemplo el hecho era imprevisible o la conducta del inimputable no es la infractora del deber objetivo de cuidado o no determino el resultado. Resultara excluida la imposición de medidas de seguridad cuando concurre alguna causa de justificación, casos de legítima defensa del inimputable o de estado de necesidad –en este caso el aspecto subjetivo de la justificante debe ser flexibilizado por el principio de inversión, lo cual garantiza un trato igualitario con los imputables–; con el mismo fundamento anterior las causas de orden disculpante, deben excluir la imposición de las medidas de seguridad, por cuanto los únicos elementos que excluye la inimputabilidad son precisamente la imputabilidad y por su vinculación estrecha a la misma, la conciencia de la antijuridicidad, de ahí que las causas de exculpación que no están supeditadas de manera esencial a las anteriores, si pueden ser instrumentos que excluyan la imposición de medidas respecto del inimputable, que en estos casos se encontraría en la misma situación de un imputable ante la inexigibilidad de su conducta, por ejemplo, una coacción igual constreñiría a un

imputable que a un inimputable, por lo cual la diferenciación no es sustancial, salvo cuestiones particulares.

La medida de seguridad dado el panorama esbozado por regla general serán aquellas restricciones de derechos necesarias, que se imponen a una persona por la comisión de un injusto penal en el cual ha actuado sin capacidad de culpabilidad penal. La justificación antiquísima de las medidas de seguridad ha sido la peligrosidad personal, sin embargo esta concepción se ha superado, por lo cual actualmente se indicaría que únicamente la atribución del injusto personal es el fundamento de la medida de seguridad el cual puede ser legitimado, por criterios de necesidad, de justicia o de utilidad, pero siempre ceñido a todo el conjunto de garantías que la Constitución concede a la persona humana. En este sentido las medidas de seguridad no comportan intervenciones administrativas, sino que son consecuencia jurídica del delito y por lo tanto verdaderas sanciones penales con lo cual se desmistifica su apelado contenido punitivo y benefactor; al contrario constituyen sanciones por cuanto: a) se imponen como consecuencia jurídica de un delito; b) significan una imposición coactiva por parte del estado hacia el gobernado; c) la impone una autoridad del Estado en el ejercicio de sus funciones; d) significa una restricción a un derecho o libertad del persona, que es impuesta mediante una orden coercitiva.

406

A las medidas de seguridad se les ha reconocido una función esencialmente de prevención especial pero en su ámbito negativo, lo cual no es aceptable desde un Estado Constitucional de Derecho, de ahí que las nuevas visiones sobre la función de las medidas de seguridad se sustenten en criterio de prevención especial positivo, respetando la dignidad de la persona humana. Inclusive para quienes son reacios a desterrar la peligrosidad como fundamento de la aplicación de medidas de seguridad, deberá de señalarse que una imposición de medidas de seguridad sobre esa base, deberá tener por acreditada la peligrosidad particular y no general del sujeto; que dicha peligrosidad no debe ser exclusiva de la enajenación mental y del delito cometido, sino que a los mismos habría que añadir las circunstancias concretas que determinan un pronóstico real de la peligrosidad; sin embargo como se ha sostenido dicho fundamento en mi opinión no es sustentable.

1) La internación. Es esta la medida mas aguda de todas, por cuanto supone una privación de la libertad, que materialmente no se diferencia en mucho de la prisión, es por ello que esta medida debe ser utilizada en los términos de la prisión, como instrumento de *última ratio* en tal sentido debe ser excepcional en cuanto a su aplicación, sólo cuando sea absolutamente necesaria. Esto tiene una doble visión sólo los delitos que tienen señalada pena privativa de libertad son factibles de que se pueda imponer medida de seguridad de internamiento; la duración de la medida de seguridad en su

dosimetría en concreto no debe ser excesiva lo que significa que debe ser graduada en términos similares a la pena de entre el rango de merecimiento abstracto del tipo penal, de ahí que deben atenderse a los criterios de individualización de la pena que sea aplicable a las medidas de seguridad, ello es necesario por los deberes de motivación que resguardan la seguridad jurídica. Es más, esta exigencia es un presupuesto ineludible para las medidas asegurativas y de entre ellas con mayor énfasis en la de privación de libertad por internamiento, por cuanto el principio de necesidad opera aquí tutelando ambas situaciones: a) la primera le necesidad de determinar la graduación de la medida, lo cual se homologa de manera similar –sin que sea la misma– a la determinación de la pena así lo indica el Art. 5 cuando preceptúa: “ni por tiempo superior al que le hubiera correspondido al sujeto como pena por el hecho cometido”. Como la pena en nuestro sistema de dosimetría es relativamente indeterminada por cuanto fija mínimos y máximos la pena, resulta evidente que la medida esta sobre la base de la pena en concreto como marco de referencia.

b) El internamiento no es una medida que deba imponerse por regla general a una persona con una enajenación mental, que tenga a la base una patología de índole mental, es más el mismo internamiento puede ser más lesivo para el deterioro de la enfermedad mental, debe tomarse en consideración que la internación de personas que adolecen de una enfermedad mental, normalmente acontece en un período de agudización de la medida, en una descompensación severa del estado mental, de ahí que si ese no es el caso al momento del juzgamiento, el internamiento no debe imponerse por la sola razón de que se trata de una persona con enfermedad mental, lejos ha quedado ya la homologación de tratamiento de enfermedad mental con internamiento como la mejor solución para el tratamiento de la patología mental. Si además se toma en cuenta, que el internamiento es una privación de libertad, que limita ese derecho fundamental, su aplicación debe ser excepcional, limitándose a imponer cuando sea estrictamente necesaria; de ahí que por ejemplo si con el tratamiento terapéutico ambulatorio se pueden alcanzar los mismo fines o muy similares, la proporcionalidad indica que la medida de internamiento no debe ser aplicable.

c) Las medidas de seguridad de internamiento no pueden imponerse de manera indeterminada, su límite conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto esta en principio marcado por los límites de la consecuencia jurídica fijada al tipo penal; una vez determinado que ese marco de máxima restricción no puede ser superado por ningún motivo, corresponde determinar en concreto cual será el quantum de privación de libertad por internamiento que se impondrá, para ello recalamos debe procederse de manera similar como cuando se determina una pena, aplicando los criterios que fuesen pertinentes a la propia situación del inimputable y de la medida asegurativa.

d) Reafirmar los comentarios originales en el sentido de que su falta de precisión podría llevar a una interpretación extensiva, por lo cual siempre debe procederse bajo una interpretación restrictiva, en el sentido de optar por aquellas intelecciones que limiten en menor medida los derechos, libertades o garantías fundamentales de los gobernados. Se reafirma aquí el carácter de sanción de las medidas de seguridad cuando se vincula a una especial forma de privación de libertad que debe cumplirse: a) Colonias agrícolas; b) Institutos de trabajo; c) establecimientos similares. En este último punto el recurso a una interpretación analógica del centro de cumplimiento debe de partir de la estructura similar de las dos formas anteriores, de ahí que no puede aplicarse internamientos en centros que difieran esencialmente de los dos anteriores; d) La destinación de establecimientos seccionales similares en los centros penales plantea una situación delicada, que debe ser puntualizada, primero que debe mediar una completa separación respecto de las secciones de internamiento; segundo que están deben estar dispuestas en condiciones totalmente diferente a la estructura penitenciaria; tercero, que las áreas que debe asumir son las dispuestas para la medida de seguridad y no otras, es decir se refiere a seccionales de colonias agrícolas o Institutos de trabajo, en los cuales no debe reproducirse el modelo carcelario de prisión; e) los centros de internamiento similares, pueden constituir bien centros de internación psiquiátrico o centros educativos especiales, para aquellos casos gravísimos de afectaciones psico-psiquiátricos, que lo ameritasen como medida ineludible y completamente necesaria; o centros de deshabitación tóxica de drogas, para quienes presentaran asociado ese problema a la cuestión de inimputabilidad como evento determinante del delito; ello por que difícilmente en una colonia agrícola o en un Instituto de trabajo las personas que adolecen de una disfunción psico-siquiátrica, que amerite de manera absolutamente necesaria el internamiento tendrán expectativas de una mejor oferta de rehabilitación. Una situación más el régimen de internamiento que es una privación de libertad, no debe ser asumido como una forma formal y material de prisión, en el cual se estructuren celdas de cumplimiento de medidas al estilo de las prisiones, la coercitividad del internamiento radica únicamente en la privación de libertad como limitación a un espacio determinado pero no a un tratamiento carcelario ni similar a él; debe por todos los medios quebrarse la similitud entre tratamiento carcelario e internamiento como medida de seguridad, puesto que tal homologación a la prisión sin duda sólo contribuirá agudizar la patología mental.

408

2) Tratamiento Médico Ambulatorio. Digamos que esta medida es por excelencia la aplicable a los supuestos de inimputabilidad cuando esta sea provocada por una patología de índole psico-siquiátrico, sólo excepcionalmente y cuando fuere inevitable por las particulares circunstancias del caso en cuanto a su individualización es que podría en su defecto ordenarse un internamiento, ello es deducible del texto que dice: “sin que se requiera internación en ningún centro especial”. De ahí que la opción de

prima ratio debe ser la aplicación del tratamiento médico ambulatorio, su característica esencial es la no sujeción a un régimen de privación de libertad, lo cual fortalece la autonomía de la persona y la aleja de los perniciosos efectos del encierro. Dos formas adopta el precepto que responden a distintos problemas, aunque pueden concurrir homogéneamente: a) tratamiento terapéutico de carácter psiquiátrico, este puede recaer con mayor énfasis respecto de padecimientos mentales; b) el tratamiento terapéutico de carácter psicológico puede abarcar aspectos relacionados al comportamiento y a la conducta de la persona. Ninguno de los dos tratamientos son excluyentes entre si, dados que ambos tienen ámbitos comunes, de tal manera que pueden coincidir. Si es necesaria la estancia en un lugar por un tiempo mínimo, ello es plausible sin que constituya un internamiento, puesto que este último dispone de un régimen de largo alcance, completamente distinto al tratamiento ambulatorio, por lo que breves estadías en un lugar determinado, siempre que sean completamente necesarias para la terapia que se dispensa, no deben ser entendidas como un internamiento.

3) La vigilancia. Supone esta medida, una actividad de control respecto de ciertas actividades que desarrolla una persona, su fundamento preventivo tiene lugar bajo la aceptación de la doctrina de “prevención de delitos por diseño ambiental” “Crime Prevention through envirommental”, por la cual se pretende influir en el ambiente de la persona mediante una serie de medidas que lo separen de la ocasión del delito o que lo obstaculicen mediante la implementación de barreras de control. Se ha distinguido bajo este ámbito dos formas de implementación las que se hacen bajo un enfoque preventivo general, conocidas como medidas de seguridad de prevención negativa que se constituyen por todas aquellas limitaciones que se imponen al sujeto en cuanto al ejercicio de su autonomía para erigir una barrera de contención entre el actuar del sujeto y la situación eclosiva de índole criminógena (restricción domiciliaria en el sentido de no frecuentar o asistir a determinados lugares o controles de vigilancia; reglas de conducta en negativo). Y las llamadas medidas de prevención en sentido estricto o de prevención especial positivo, por el cual se pretende potenciar algunos aspectos deficitarios de la persona del justiciable otorgándole capacitación o programas de formación (reglas de conducta en positivo). Si es importante indicar que la medida impuesta y su límite en cuanto consecuencia jurídica del delito corresponde al juez sentenciador; la remisión que la norma penal hace al juez de vigilancia penitenciario, es para el control de la medida, lo cual no significa que el juez de ejecución tenga la potestad de fijar la medida, únicamente le corresponde graduar su aplicación y controlar su ejecución. Lo que sucede es que entre la imposición de la medida y la ejecución de la misma, hay una solución de continuidad que debe ser completada por los jueces respectivos de manera coordinada, así la especi *in genere* de la medida la fija el juez sentenciador, por que esa es su atribución en cuanto impone la medida de seguridad previo juicio como consecuencia de un delito, para el ejemplo impone la medida de

seguridad de vigilancia en la modalidad de regla de conducta por un periodo determinado que debe corresponderse a la dosimetría del delito cometido, aunque ello no es óbice para que, cuando sea posible al tribunal sentenciador puede predeterminar la regla de conducta si tiene base para ello. Corresponde al juez de vigilancia determinar en contenido o *in especie* la regla de conducta que impondrá una vez realizados los estudios relativos respecto de la persona del justiciable para determinar que forma de regla de conducta le es más aplicable.

TÍTULO IV

MEDIDAS DE SEGURIDAD

CAPÍTULO ÚNICO

93

CLASES DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las medidas de seguridad serán, según corresponda a la situación del sujeto, de internación, tratamiento médico ambulatorio o vigilancia.

La internación consistirá en la aplicación de un régimen especial de privación de libertad y se cumplirá en colonias agrícolas, institutos de trabajo u otros establecimientos similares, o en secciones destinadas para tal objeto en los centros penales.

411

El tratamiento médico ambulatorio consiste en la obligación de la persona de someterse a tratamiento terapéutico de carácter psiquiátrico o psicológico, sin que se requiera internación en ningún centro especial.

La vigilancia podrá comprender restricción domiciliaria, fijación de reglas de conducta o controles periódicos a juicio del juez de vigilancia correspondiente.

Concordancias: Arts. 397, 398 y 399 del Código Procesal Penal sobre el juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad. Art. 52 de la Ley Penitenciaria.

El precepto establece el catálogo de medidas de seguridad posibles y fija someramente su contenido, el cual deberá integrarse con las normas que rijan el funcionamiento de los distintos establecimientos que se señalan como lugares de ejecución de las medidas, pero teniendo en cuenta la sujeción de establecimientos y sujetos a la Autoridad judicial, que en este caso es el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

La determinación de la medida está exenta de cualquier arbitrariedad, debiendo tenerse como *criterios de elección* dos:

- La naturaleza de la circunstancia concurrente que lleva a la imposición de la medida, lo cual habrá de definirse en referencia a las anomalías que dan lugar a la aplicación de la exención prevista en el art. 27.4) y 5) del Código Penal.
- Una definición integral del sujeto.

Sin duda subyace detrás de la institución la idea de la *necesidad de neutralizar o minorar la peligrosidad del sujeto*, toda vez que hay que tener en cuenta que la medida surge desde la premisa de un hecho tan trascendente como la comisión de un delito y que, tras ello, no es imperativa su imposición, ya que los arts. 27.4), 94 y 95 siempre hablan de la medida como una *posibilidad* por la que puede optar el sentenciador, de donde se deduce que no es imperativa su imposición.

No otra cosa debe entenderse de la invocación que el precepto hace a la “situación personal del sujeto”, la cual habrá de ser puesta de manifiesto a lo largo del procedimiento a fin de que, como señala el art. 5 del Código, la medida pueda ser impuesta en la misma sentencia.

412 El *catálogo de medidas* es sólo aparentemente limitado, toda vez que, si se observa cada una de las tres alternativas plasmadas en el precepto, en cada uno de los supuestos se abre un abanico de posibilidades, ya que ni se concretan los centros para internamiento (ni, por ello, de forma clara las actividades a que podría ser sometido el sujeto), ni los tipos de tratamiento psiquiátrico o psicológico, ni las reglas de conducta que puede fijar el Juez de Vigilancia.

Con ello se rompe el principio de taxatividad y seguridad que debe regir toda norma de esta índole, como es la que aplica una consecuencia punitiva a un sujeto, por lo que las analogías a las que obligará la aplicación de la norma habrán de llevarse a cabo con un *sentido restrictivo*, procurando que la limitación que la medida comporta para el sujeto no vaya más allá de lo que ya suponen los casos expresamente nominados y tomando como referencia siempre lo antes señalado, que *la medida responde a una determinada problemática detectada en el sujeto con motivo de su actuación delictiva y que esa problemática (su neutralización o tratamiento) es lo que guía la imposición y desarrollo de la medida*.

A pesar de lo amplio e innominado, sí puede trazarse una línea diferenciadora entre las medidas que implican una privación de libertad (la internación) y las que no lo suponen (las otras).

La medida de *internación* comporta una privación de libertad cuya mejor definición de ejecución ha de encontrarse precisamente en que no es una pena privativa de libertad, lo que debe significar el no equiparar el régimen de cumplimiento de la medida al de las penas privativas de libertad, sin que por tanto los centros de cumplimiento puedan asumir esquemas propios de los establecimientos penitenciarios al uso.

A pesar de lo difuso de la medida, podemos discernir dos tendencias y lugares de ejecución: por una lado las colonias agrícolas e institutos de trabajo y por otro las secciones destinadas “a tal objeto” cuando se trata de centros penales. Los primeros inciden sin duda en una tendencia resocializadora para quien no ha integrado ciertas pautas de convivencia, entendiendo al trabajo -a la actividad en general- como instrumento idóneo para el cumplimiento de tales fines. Las secciones especiales en centros penitenciarios encuentran su contenido en lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley Penitenciaria, cuando prevé la existencia de centros especiales destinados a la atención de la salud mental de los internos, previendo su existencia dependiente del Ministerio de Justicia, en el entramado general de centros penitenciarios, o la coordinación con el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y el Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

El *tratamiento médico ambulatorio psiquiátrico o psicológico* responde directamente a un intento de paliar o curar la anomalía de quien delinque, acomodándose esa referencia a la “situación del sujeto” que se recoge en el primer párrafo del precepto.

413

El último párrafo del precepto recoge una serie de *medidas innominadas* que plantean la siguiente problemática:

- a) Mientras el art. 5 del Código hace referencia a que en la sentencia se establezca el máximo de duración de la medida, no diciéndose expresamente que también ahí se fije su naturaleza, aunque lo lógico sería concluir en tal sentido, este párrafo parece referirse al Juez de Vigilancia como quien está llamado igualmente a establecer medidas que no han sido fijadas en la sentencia, interpretación por la que parece abogar el art. 52 de la Ley Penitenciaria cuando señala entre las funciones de este órgano la fijación de las medidas de seguridad, “conforme establece el Código Penal”, aunque siempre, por la expresa dicción del art. 5, limitado en la duración por lo dicho en la sentencia.
- b) Este párrafo es sin duda paradigma de lo innominado, toda vez que frente a la más o menos ajustada definición de lo que pueda ser la restricción domiciliaria o el establecimiento de controles periódicos, el abanico de reglas

de conducta es de casi imposible delimitación, si bien, en atención al principio de interpretación restrictiva y de seguridad jurídica que exige el moverse en una materia como la presente, lo innominado de tales reglas habrá de estar cuando menos limitado por el hecho de que no pueda tratarse de medidas privativas de libertad y que las mismas respondan al seguimiento de pautas de comportamiento tendentes a neutralizar o corregir los desarreglos personales evidenciados por el hecho de cometer una determinada conducta delictiva.

La *restricción domiciliaria* parece que debe entenderse en los términos recogidos en el art. 7.B de la Ley del Estado Peligroso, es decir, como obligación de residir en un lugar determinado o como prohibición de residir en tal lugar.

94

IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

414 Las medidas de seguridad podrán imponerse a las personas exentas de responsabilidad penal con base en el número 4) del artículo 27 de este Código. (9)

Queda claro que a la persona imputable sólo puede eximirle de la pena la concurrencia de una causa de exención de la responsabilidad criminal prevista en el art. 27) o de una excusa absolutoria de los arts. 206, 252 y 263. Si tal le sucede al inimputable, sólo habrá méritos para verse sometido a la aplicación de una medida de seguridad si la exención se funda en la concurrencia de una circunstancia prevista en el apartado cuarto del art. 27.

No obstante la aparente pretensión del precepto de ser la referencia plena de aquellos supuestos en los que cabe la imposición de una medida de seguridad, enseguida el siguiente artículo viene a desmentirlo, ya que amplía el abanico de supuestos en los que es posible dicha imposición. La diferencia entre los casos contemplados por uno y otro precepto es que en éste la medida es sustitutiva de la pena, mientras que en el siguiente, en principio, la medida está pensada para que conviva con la pena.

95

PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD CONJUNTAS

Cuando no concorra alguno de los requisitos necesarios para excluir totalmente la responsabilidad penal en los casos del número 5 del artículo 27 de este Código, el juez o tribunal, además de la pena señalada podrá imponer al autor alguna de las medidas de seguridad aquí previstas. En todo caso la medida se cumplirá antes que la pena y el término de su duración se computara como cumplimiento de ésta. El juez de vigilancia correspondiente, ordenará la suspensión de la medida, cuando estime que ya no es necesaria, pero su duración no podrá exceder el tiempo que correspondería como pena.

Una vez cumplida la medida de seguridad el juez de vigilancia correspondiente, podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la medida, suspender el cumplimiento del resto de aquella.

El primer inciso del precepto completa el catálogo de supuestos en los que puede imponerse una medida de seguridad.

415

En una primera redacción del Código éste admitía en el art. 94 la imposición de medida de seguridad a los declarados exentos de responsabilidad por concurrencia de una circunstancia prevista en el art. 27.5) del Código. Con la redacción actual ello no es posible, de manera que esa causa de exención tiene las mismas consecuencias de plena absolución que las previstas en los tres primeros apartados del art. 27. Por ello, puede parecer paradójico que, no siendo posible aplicar medida de seguridad a un supuesto de exención completa, sí quepa para un caso de exención incompleta, siendo ésta una cuestión que tal vez pueda explicarse por el hecho de que, vista la naturaleza de las circunstancias que cabe incluir en dicha exclusión quinta, el que una persona haya obrado en su marco de aplicación con un cierto grado de defectuosidad (de ahí la aplicación incompleta de la exención) puede ser sintomático de una necesidad de tratamiento que tenga su forma de expresión más adecuada a través de una medida de seguridad, como complemento y, en su caso, como sustitución de la pena.

En este supuesto pena y medida estarán llamadas a convivir, si bien con las apostillas que se hacen a continuación.

La propia naturaleza de la pena privativa de libertad y de las medidas de seguridad concebidas en el Código hace prácticamente impensable que la ejecución de la pena y de la medida de seguridad convivan en el tiempo, pero los términos del precepto dejan fuera de lugar cualquier duda, ya que se señala de forma imperativa la ejecución primera de la medida de seguridad.

Habida cuenta de que, en principio, cualquiera de las medidas de seguridad recogidas en el artículo 93 puede ser impuesta a un supuesto de circunstancia excluyente incompleta, se podrían plantear situaciones absurdas en las que, por ejemplo, a un sujeto se le sometiese a un relajado régimen restrictivo como el que propicia el último párrafo del art. 93 para, una vez finalizado, dar un salto cualitativo sometiéndole a la ejecución de una pena privativa de libertad, situación carente en realidad de lógica, por lo que la especial llamada que el art. 93 hace a la “situación del sujeto” debe ser tenida en cuenta para ponderar la adecuación de la medida a su devenir penal, todo ello sin perjuicio de que, como previene el segundo párrafo de este artículo, la adopción de tales medidas devenga lo suficientemente eficaz como para hacer inadecuada la ulterior ejecución de la pena privativa de libertad.

416 Como quiera que cuando el precepto habla del abono de la duración de la medida a la pena por ejecutar no hace distinción entre medidas privativas de libertad y medidas no privativas de libertad, debe entenderse que el abono a la pena se hará cualquiera que haya sido la medida.

Las funciones que la ley encomienda al Juez de Vigilancia, en consonancia con los postulados del art. 52 de la Ley Penitenciaria, que básicamente le otorgan la posibilidad de revisar en cualquier momento de su ejecución la pertinencia de continuar con la misma, ayudan a definir todavía mejor la naturaleza de la medida de seguridad como institución, *desterrando de la misma cualquier posible concepción retribucionista* y acentuando el hecho de que con ella lo que se pretende es *normalizar al sujeto* para que pueda seguir viviendo en sociedad en condiciones de respetar la ley penal. Conseguido ello, ni la continuación en la ejecución de la medida ni la ejecución misma de la pena tienen sentido; la medida está teñida por un imperativo de *necesidad* (art. 5 y 95), pero también, con lo señalado en el último párrafo de este precepto, se le dota de una nota *de prioridad en relación con la pena*. La pena tiene varios fines que cumplir, aunque básicamente se puede decir que conviven la idea retribucionista respecto a la sociedad y la de resocialización respecto al sujeto; el sistema adoptado por el Código apuesta sin duda por lo segundo, ya que con contundencia se señala que cualquier otra función que pueda reservarse a la pena privativa de libertad decae si ello pone en riesgo el fin normalizador de la persona que la medida está llamada a cumplir.

Lo mismo que es fácil concebir que la medida suspensa por la buena evolución del sujeto pueda ser reactivada a raíz de la aparición en él de signos que denoten la necesidad de volverla a aplicar (aunque siempre con la limitación de que su duración restante no exceda, contado el tiempo transcurrido, de la pena que correspondería), resulta más problemático plantearse si la suspensión del cumplimiento de la pena por el eventual peligro para los efectos conseguidos a través de la medida puede quedar sin efecto a raíz de que la evolución del sujeto ponga de manifiesto que los que se creían positivos efectos no eran tales. Teniendo en cuenta que la norma habla de “suspensión”, ello da idea de que en absoluto tal significa que no pueda volver a plantearse la ejecución de la pena que “tan sólo” está suspensa: si deja de existir el presupuesto de la suspensión, tal parece que pueda renacer la pena, si bien, a falta de otra especificación, la interpretación más adecuada sería la de postular que el periodo en que ello pueda suceder sería el de duración de la pena suspendida, a contar desde el día en que tal decisión se adoptó.

Aunque este precepto sólo habla de que el Juez de Vigilancia tiene potestad para suspender la ejecución de la medida y el párrafo cuarto del art. 93 le otorga por su parte la posibilidad de fijar la medida, el art. 52 de la Ley Penitenciaria, al introducir por su parte la posibilidad de que modifique la medida, da una nueva dimensión no sólo al ejercicio de la función jurisdiccional, sino a la medida misma, que, a partir de ello, no se concebirá en el marco de una limitada dinámica que sólo estaría llamada a moverse entre el nacimiento, la suspensión o la reaparición, algo que puede resultar poco instrumental en relación con las necesidades que el sujeto vaya planteando a medida que evoluciona; tal parece que el Juez de Vigilancia, como Juez de ejecuciones, únicamente vinculado por los límites cuantitativos fijados por el sentenciador (art. 5), podrá, atendiendo a la evolución del sujeto, *ir modificando la medida a aplicar, dentro del abanico de las previstas en el art. 93 y hasta el momento que expire ese invocado límite máximo*, con obvio abono y descuento del tiempo de ejecución de las medidas que se han ido aplicando. Es con esta interpretación con la que la medida cobra toda su auténtica dimensión de tratamiento del sujeto, que es precisamente lo que propicia la existencia de las posibilidades de suspensión a las que hemos venido haciendo referencia.

417

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El precepto es importante en cuanto a su intelección pues a nivel de consecuencias jurídicas incorpora el sistema de doble vía, por el cual a una persona que es imputable, es posible aplicarle conjuntamente penas y medidas de seguridad, en virtud del hecho cometido, pero con un cumplimiento que no es simultáneo, sino sucesiva. De ahí que estemos en presencia del llamado sistema vicarial por el cual es plausible imponer de

manera conjunta penas y medidas de seguridad, bajo una característica que le son propias a este modelo y que se reflejan en el precepto examinado, aunque con una particularidad que se hará notar y es que acepta tanto el modelo estricto como el extensivo: (a) que sea posible la imposición de penas y medidas de seguridad privativas de libertad por un mismo hecho cometido –modelo estricto– así como de pena privativa o no privativa de libertad, con medidas de seguridad no privativas de libertad –modelo extensivo–. Del precepto ello se manifiesta cuando indica “el juez o tribunal además de la pena señalada podrá imponer al autor alguna de las medidas aquí previstas”; (b) que la medida de seguridad sea ejecutada anticipadamente; lo cual se entiende del precepto que en lo pertinente reza: “En todo caso la medida se cumplirá antes que la pena”; (c) que el tiempo de ejecución de la medida en cuanto a su cumplimiento debe ser abonado al tiempo de ejecución de la pena; ello es de recibo en el texto cuando preceptúa: “y el termino de su duración se computará como cumplimiento de ésta”; (d) que la medida si ha cumplido sus efectos, se torna en innecesaria, pero el límite de duración de la ejecución de la medida jamás puede rebasar el límite de la pena en concreto; lo cual se establece así: “El juez de vigilancia correspondiente, ordenará la suspensión de la medida, cuando estime que ya no es necesaria, pero su duración no podrá exceder el tiempo que correspondería a la pena” ; (d) que la ejecución de la medida de seguridad cuando es efectiva puede sustituir la ejecución de la pena, quedado ésta última cumplida. Lo cual se concretiza cuando se estatuye: “Una vez cumplida la medida de seguridad el Juez de Vigilancia correspondiente podrá, si con la ejecución de la pena, se pusieren en peligro los efectos conseguidos a través de la medida, suspender el cumplimiento del resto de la pena”.

Ahora bien, deben hacerse una precisiones el sistema adoptado por el legisferante salvadoreño es sumamente complicado y ello lo ponen de manifiesto de manera categórica los comentaristas originales, señalando las vicisitudes que pueden originarse de la aplicación del modelo extensivo, por cuanto puede suscitar una cuestión antitética entre cumplimiento de penas y medidas de seguridad, por cuanto el sistema menos problemático es el estricto que sólo admite aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad privativas de libertad. sin embargo por lo menos a la propuesta original pueden añadirse la siguiente respecto del modelo extensivo: (I) las penas privativas de libertad sólo pueden asociarse a medidas de seguridad no privativas de libertad que sean ejecutables de acuerdo con alguno de los efectos de la ejecución de la pena, como por ejemplo, sometimiento a reglas de conducta o a tratamiento médico ambulatorio; (II) la pena de multa es incompatible con el sistema vicarial, por cuanto aunque no se definió el tipo de pena a imponer, se señala un elemento importante de las penas privativas de libertad, que es el tiempo en cuanto duración, de ahí que la multa debe ser excluida, puesto que es heterogénea en el aspecto de periodicidad.

Una cuestión importantísima es el supuesto que configura respecto de las personas aplicables a tal régimen de aplicación de penas y medidas de seguridad, el cual ciertamente es insólito en los anales del derecho penal y debe ser sometido a una interpretación restrictiva. Los casos en los cuales se ha aplicado el sistema vicarial – Suiza, Alemania, España– es respecto de las personas con imputabilidad disminuida o semi-imputables, en los cuales concurre un supuesto de inimputabilidad pero incompleto por la configuración no total del motivo de inimputabilidad, por lo cual debe afirmarse una culpabilidad disminuida o semi-plena culpabilidad, estos motivos pueden concurrir sobre una persona que adolece de manera incompleta de un estado de inimputabilidad, de un trastorno mental transitorio o de un desarrollo psíquico retardado o incompleto, que no genere plenitud en cuanto a su capacidad de culpabilidad penal, dejándola por estas únicos motivos bastante mermada. Esa es la línea de aplicación del sistema vicarial por cuanto a una persona que es imputable pero de manera disminuida, se le impone una pena y una medida de seguridad, siendo que ésta última, es la que en atención a la disminución ostensible de la imputabilidad, debe ser aplicada, no ejecutándose la pena a menos que la medida no alcance sus fines, obviamente en este último caso para no generar una doble sanción todo el tiempo cumplido de la medida se abona a la pena; y si la medida es éxitos y se alcanzan los fines preventivos especiales, ya no es necesaria la ejecución de la pena la cual se tiene por cumplida, sólo de esa manera es posible explicar la aplicación de una medida de seguridad y mantener la aplicación normativa del artículo precedente que declara que las medidas de seguridad sólo se aplican a las personas cuya culpabilidad se haya excluido de la pena en razón a su inimputabilidad; la excepción debe ser entonces únicamente aplicar medidas a personas con imputabilidad disminuida por cuanto necesariamente deben concurrir en el de manera mitigada las condiciones de los supuestos del número 4 del artículo 27 CP esa digamos es la forma de aplicación del sistema vicarial.

419

Sin embargo y de manera como se dijo “insólita” el artículo 95 hace descansar la aplicación de medidas de seguridad a las personas no que se encuentren en supuestos incompletos de causas de inimputabilidad sino de exigibilidad de otra conducta, lo cual obviamente es un supuesto completamente distinto, ello se infiere del precepto que reza: “Cuando no concorra alguno de los requisitos necesarios para excluir totalmente la responsabilidad penal en los casos del número 5 del artículo 27 de este Código...”. Precisamente el precepto precitado dice “ No es responsable penalmente... (5) Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó”. Tradicionalmente los supuestos de inexigibilidad de otra conducta son: a) el estado de necesidad disculpante; b) la coacción; c) el miedo insuperable; d) situaciones de objeción de conciencia.

En ninguno de los supuestos mencionados es posible una vinculación entre la exclusión de la responsabilidad penal por concurrencia de una causa de inimputabilidad; los motivos por los cuales se excluye de responsabilidad penal a quienes actúan bajo la excepción de inexigibilidad de otra conducta, no son de índole de capacidad de motivación sino de constreñimiento de la voluntad, de ahí que respecto de ellos la capacidad de culpabilidad penal, se mantenga a plenitud, si concurre una situación errática en cuanto a la concurrencia de los elementos objetivos o subjetivos de la causas exculpantes, estos son tratados a nivel de error prohibitivo, pero no como un defecto atribuible a la imputabilidad. De ahí que la norma sea errática por cuanto asimila al supuesto vicarial de imposición de penas y medidas de seguridad a personas que ante un supuesto incompleto de la eximente, serán tratadas bajo la penalidad del error de prohibición vencible y que no necesitan desde un aspecto preventivo especial positivo, el ser sometidos a una medida de seguridad de ninguna clase. Y deja por fuera del sistema vicarial a personas que si necesitan de la aplicación de su método de ejecución de consecuencias jurídicas del delito, que son las personas de imputabilidad disminuida, las cuales se encuentran ya severamente afectadas por cuanto el código penal por una opción de política penal de irrazonabilidad las excluyó de la aplicación de un régimen de atenuantes especiales, por lo que la práctica del sistema vicarial sería un paliativo importante por cuanto subordina antes de la ejecución de la pena de privativa de libertad, la ejecución de la medida de seguridad con efectos extintorios de la pena si se articulan los efectos preventivos especiales positivos esperados.

En virtud de lo anterior propongo una interpretación completamente restrictiva y sistemática del precepto en mención respecto de los Artículos 5, 6, 94, 27 N° 4 y 5 CP en relación al principio de igualdad que impone en unas de sus manifestaciones tratar de manera desigual a los que no están en circunstancias de igualdad y por esa vía: a) excluir de la imposición del sistema vicarial a las personas que actúan bajo una causa de exclusión de responsabilidad penal por no exigibilidad de otra conducta de manera incompleta, supuesto número 5 del Artículo 27 CP; b) aplicar el régimen del sistema vicarial a las personas que han actuado con una imputabilidad disminuida, es decir bajo un estado incompleto de enajenación mental, de grave perturbación de la conciencia o de desarrollo psíquico retardado o incompleto.

Una cuestión más aclarativa de índole sistemático, no debe llamar a confusión el hecho de que una persona inimputable pueda actuar bajo una circunstancia de no exigibilidad de otra conducta, ello de darse es admisible, pero en tal caso el inimputable resulta excluido de responsabilidad penal no a causa de su misma inimputabilidad, sino de la razón que no le es exigible jurídicamente actuar de otra manera.

TÍTULO V

EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y SUS EFECTOS

CAPÍTULO I

DE LAS CAUSAS QUE EXTINGUEN LA RESPONSABILIDAD PENAL

96

CAUSAS DE EXTINCIÓN

Son causas de extinción de la responsabilidad penal:

- 1) El cumplimiento de la condena o del respectivo período de prueba en los casos de suspensión condicional de ejecución de la pena o de la libertad condicional;**
- 2) La muerte del condenado;**
- 3) La prescripción;**
- 4) La amnistía;**
- 5) El indulto;**
- 6) El perdón del ofendido;**
- 7) El perdón judicial;**
- 8) El padecimiento de enfermedad incurable en período terminal; y,**
- 9) Los demás casos expresamente señalados por la ley.**

421

Detrás de todas estas causas, de muy distinta naturaleza, según iremos viendo en los comentarios respectivos, está *la renuncia del Estado al ejercicio de su potestad punitiva*, de forma que todas inciden en la pena y no en el delito, el cual no se cuestiona.

Cada una de las causas es objeto de tratamiento pormenorizado en los artículos siguientes, salvo la primera, la cual se refiere a instituciones ubicadas en otros lugares de este Código y a cuyo comentario nos remitimos.

Dispone el art. 37.8) de la Ley Penitenciaria que será el *Juez de Vigilancia* el encargado de declarar la extinción de la pena, en los casos en que proceda.

97

EXTINCIÓN INDIVIDUAL Y CONJUNTA

La pena se extingue en forma individualizada para cada una de las personas que hayan tomado parte en el hecho, excepto en los casos de perdón, en los cuales se extingue conjuntamente para todas.

422 El precepto supone una cláusula general a tener en cuenta para la aplicación de las causas de extinción que se desarrollan seguidamente.

Como regla general, que sólo tiene su excepción en el caso del perdón, *son causas estrictamente personales* en cuanto a los requisitos y circunstancias que rigen su aplicación, por lo que su consideración se hará específicamente para cada sujeto implicado en un procedimiento penal, sin que, en el caso de pluralidad de sujetos, la apreciación de la causa extintiva para uno de ellos tenga efectos para los demás.

98

MUERTE DEL CONDENADO

La muerte del condenado extingue la pena impuesta, incluso la multa no satisfecha.

La circunstancia es manifestación del *principio de personalidad de las penas* que inspira el Derecho Penal, siendo positiva la mención expresa que se hace sobre la extinción de la pena de *multa*, la cual es considerada en paridad con las otras penas, abandonando antiguas concepciones que estimaban que, una vez impuesta en la sentencia definitiva, generaba una especie de crédito del Estado frente al patrimonio del condenado, sin

que el fallecimiento de éste supusiese la extinción del crédito, que seguía gravando su patrimonio como si de una obligación no personalísima se tratase.

Es clara la referencia al condenado como *sujeto respecto a quien ya se ha declarado definitivamente su responsabilidad penal*, en contraposición al sujeto respecto a quien todavía no se ha declarado dicha responsabilidad de forma definitiva y cuya muerte generará otro tipo de consecuencias (p.ej. lo que establece el art. 45.2.c] del Código Procesal Penal).

Respecto a *las declaraciones de ausencia y fallecimiento*, que son en realidad ficciones jurídicas ante la incerteza de la muerte de una persona, no creemos que dichas instituciones puedan tener la misma eficacia jurídica que el precepto predica para la muerte del condenado, sin perjuicio de que en la práctica tales situaciones tendrán una indudable eficacia sobre la prescripción.

Finalmente, invocar el comentario al contenido del *art. 125 del Código* en el sentido de que la extinción de la responsabilidad penal no lleva consigo la extinción de la civil.

99

423

PRESCRIPCIÓN DE LA PENA

La pena privativa de libertad impuesta por sentencia firme se extingue por prescripción en un plazo igual al de la pena impuesta más una cuarta parte de la misma, pero en ningún caso será menor de tres años.

La pena no privativa de libertad prescribe a los tres años.

La pena impuesta por una falta prescribe en un año.

No prescribe la pena en los casos siguientes: tortura, actos de terrorismo, secuestro, genocidio, violación de las leyes o costumbres de guerra, desaparición forzada de personas, persecución política, ideológica, racial, por sexo o religión, siempre que se tratare de hechos cuyo inicio de ejecución fuese con posterioridad a la vigencia del presente Código. (9)

El sistema distingue entre *la prescripción de las infracciones cometidas y todavía no sentenciadas de forma definitiva* y *la prescripción de las penas impuestas por sentencia definitiva*. El Código Penal sólo se ocupa de lo segundo y *remite el tratamiento de la prescripción de la acción penal al Código Procesal Penal*, que dedica a la materia los arts. 34 a 39, aunque el Código Penal -en el último párrafo de este precepto- sí hace una referencia que afecta directamente a la prescripción de la acción penal.

La prescripción de la pena evita que, tras el cumplimiento de cierto término, aquélla pueda ejecutarse.

Los *términos* establecidos por el Código para la prescripción de las penas privativas de libertad por delito responden a un sistema muy sencillo en el que, por regla general, *el plazo de prescripción es el de la cuantía de la pena impuesta elevado en una cuarta parte*, pero sin poder ser nunca inferior a tres años, plazo éste que se señala como referencia para aquellas penas impuestas inferiores a tal cuantía y para las penas distintas a las privativas de libertad; las faltas, por su especial consideración como infracciones menores, llevan aparejado un periodo de prescripción inferior, un año.

424 Siembra dudas para fijar la referencia a tener en cuenta el caso de que a la pena impuesta le haya sido aplicado un *indulto parcial* o que la pena efectivamente impuesta deba minorarse por la *detención provisional* experimentada durante el procedimiento. La conclusión acorde con el sentido literal del precepto llevaría a considerar que es *la pena impuesta en la sentencia la que determina el plazo*, toda vez que lo resultante de aplicar un indulto parcial o el descuento por la detención provisional es la pena a ejecutar y no “la pena impuesta” de la que indudablemente habla la sentencia.

En el caso de delitos que tienen señalada una *pena compuesta*, la solución más razonable parece ser la de estimar que el plazo a tener en cuenta lo determine la pena que requiera mayor tiempo de prescripción. En ello abunda el sentido del art. 34 del Código Procesal Penal cuando se refiere a la prescripción de la acción penal, la cual dice que se regirá por la pena principal.

La *pena accesoria* prescribe a la vez que la principal.

Es cuestionada por la Doctrina científica la idea de que haya *delitos que no prescriban*, ya que se considera que ello va en contra de la propia naturaleza que informa la existencia de una institución como la presente, además de que el paso del tiempo puede afectar a la fiabilidad de las pruebas.

La justificación de que existan conductas penalmente relevantes y afectadas por la imprescriptibilidad radica en que la sociedad decide no olvidar hechos que resultaron traumáticos. Ello tiene reflejo en el ámbito internacional en la Convención de 11 de noviembre de 1968 sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y el Convenio de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio.

La postura del Código, dejando a un lado cualquier debate científico sobre su conveniencia o inconveniencia, entronca sin duda en la propia historia más reciente del país y en su sensibilidad respecto a ciertas conductas, de forma que se declara que *genocidio, tortura y desaparición forzada de personas son conductas penales a las que no será aplicable el instituto de la prescripción*, por lo que la pena impuesta por sentencia definitiva podrá ejecutarse en cualquier tiempo.

Como al principio decíamos, la *prescripción de la acción penal* es tratada en el *Código Procesal Penal* y por ello no hacemos en el presente un comentario pormenorizado de la cuestión, limitándonos a referir que la exposición de los plazos y circunstancias de la prescripción se desarrolla en el art. 34, el inicio del término de la prescripción en el art. 35, la suspensión en el 37, la interrupción en el 38 y los efectos en el 39. El Código Penal refiere en el último párrafo de este precepto lo mismo que dice en su último párrafo el art. 34 del Código Procesal, estableciendo la *exclusión de determinadas infracciones del régimen de la prescripción*, sin duda por razones muy similares a las que hacíamos mención con anterioridad, si bien en este caso con la particularidad de que los hechos hayan iniciado su ejecución tras la entrada en vigor del Código, apostilla que sin duda refuerza la referencia a la historia más reciente de El Salvador.

425

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Es importante aquí anotar que en virtud de la garantía de seguridad jurídica las penas impuestas resultan extintas si no ha sido posible su ejecución, pero después del transcurso de un período razonable, ello obviamente refleja los efectos preventivos del derecho penal, al cual se renuncia pero después de un período dilatado de tiempo, con lo que tal consecuencia no afecta la paz social y el respeto de las normas que tienen por finalidad esencial proteger los bienes jurídicos de las personas. El período escogido es intenso si se vincula a delitos de suma gravedad, por cuanto se computa respecto de la pena total impuesta más una cuarta parte de la misma, obviamente tal magnitud esta dirigida a las penas privativas de libertad, puesto que las otras escalas son de una menor intensidad de acuerdo al principio de proporcionalidad. Respecto de las penas privativas de libertad, quedan incluidas no sólo las de prisión, sino todas aquellas que limiten el derecho a la libertad ambulatoria, aunque tal limitación sea de menor intensidad.

Por exclusión de penas que no afecten el derecho a la libertad, se entienden no privativas de libertad.

Un breve resumen informa respecto de los presupuestos de la prescripción de la pena:

1) la pena impuesta debe ser por sentencia firme; 2) Si se trata de penas privativas de libertad el tiempo de la prescripción es el tiempo de la pena impuesta, no se trata del máximo de la pena, sino de la pena concreta y a este debe sumarse para efectos de prescripción una cuarta parte de la misma; 3) en todo caso para delitos con pena privativas de libertad no graves, el tiempo de prescripción será de hasta tres años.

Es importante el criterio asumido para ciertos delitos que es el de la imprescriptibilidad, lo relevante es que no se trata de cualquier delito, como corresponde formularse desde el principio de proporcionalidad, sino de una especie de delitos que son ofensivos para todo el género humano, por cuanto irrespetan profundamente los aspectos de la dignidad humana, son delitos de *lesa humanidad* de ahí que los mismos en cuanto a su persecución penal son imprescriptibles, con lo cual de manera excepcional el régimen de la acción penal queda circunscrito en el ámbito del derecho penal de fondo.

426 Este carácter de imprescriptibilidad de específicos delitos calificados de *crimina jure gentium* en el derecho internacional es una decisión político-penal importante, del legisferante, pues con ello se señala que hay hechos que por su extrema gravedad, no pueden quedar enervados los efectos preventivos de la norma penal que los prohíbe, por el transcurso del tiempo y por el principio de *obliviscor* por cuanto los mismos no son susceptibles de ser olvidados, siendo que la prescripción de la pretensión punitiva del Estado no es asimilable a la amnistía o el indulto como actos de voluntad del poder, en síntesis no expresa perdón sino impunidad, por el olvido lo cual es incompatible con un régimen constitucional y democrático que debe asegurar, preservar y defender los derechos de sus habitantes; de ahí que la consideración de determinados delitos que atentan contra bienes de la humanidad de carácter universal, que pueden a su vez, ser universalmente perseguidos, esta indefectiblemente vinculados a la imprescriptibilidad de los mismos, ello ya se ha puesto de manifiesto por Tribunales Foráneos, como el Tribunal de Casación Francés en el caso contra Klaus Barbie que consideró que: "Constituyen crímenes imprescriptibles contra la humanidad en el sentido del Estatuto del Tribunal de Nüremberg... los actos inhumanos y las persecuciones que, en nombre del Estado que practica una política de hegemonía ideológica, han sido cometidos de forma sistemática, no solamente contra personas por razón de su pertenencia a una colectividad racial o religiosa, sino también contra los adversos de esa política, cualquiera que sea su forma de oposición" (López Garrido, 2000: 49)

Sobre ello mismo llama la atención de que tal imprescriptibilidad se declara para hechos cuya ejecución sea posterior a la vigencia del código; sin embargo tal cuestión debe ser

considerada respecto de otros principios de mayor jerarquía que el código penal, así el de tutela judicial efectiva y el de acceso a la justicia, inclusive por normas de carácter internacional que son ley de la República al estar ratificados por El Salvador y por los cuales, ya se declaraban que ciertos hechos delictivos eran imprescriptibles, en razón de ello esa carácter de imprescriptibilidad por una ley de la República con carácter preferente en cuanto entre en colisión con otras normas debe prevalecer.

100

INICIACIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN

Cuando no se ha comenzado a cumplir la pena correspondiente, la prescripción de ella comenzará a correr desde la fecha en que la sentencia quede firme. Si hubiese comenzado su cumplimiento, correrá a partir del quebrantamiento de la condena.

La pena impuesta puede haber comenzado o no a cumplirse; ello hará que el *inicio del término* de la prescripción sea distinto: la *fecha de firmeza de la sentencia* para la pena todavía no ejecutada y la *fecha del quebrantamiento* para la pena en ejecución. Desde la fecha de firmeza de la sentencia hasta el inicio de la ejecución puede correr el plazo prescriptivo, que se reinicia si el sujeto quebranta y se vuelve a cortar si el sujeto vuelve a estar en disposición de que le sea ejecutada la pena. Cada vez que se interrumpe la ejecución el plazo vuelve a contar en su totalidad.

427

Obviamente, si el condenado está sometido a *detención provisional* en el momento de declararse la firmeza de la sentencia, no se da lugar al inicio del plazo prescriptivo porque, a falta de las actuaciones procesales necesarias, no hay transición entre el paso de la situación de preventivo a la de penado.

El que el condenado se presente o sea habido, estando ya en condiciones de dar comienzo material a la ejecución supone la *interrupción del cómputo del plazo prescriptivo*, sin perjuicio de que puedan faltar trámites procesales o liquidaciones de condena.

Respecto al *quebrantamiento* como inicio del término prescriptivo, tal se fijará en el momento mismo en que se interrumpa materialmente la ejecución de la pena.

101

SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción de la pena se suspenderá mientras su ejecución se encuentre legalmente diferida o mientras el condenado esté cumpliendo otra pena con privación de libertad en el país o en el extranjero.

El precepto contempla dos circunstancias en las que la pena no se está ejecutando por imperativos legales, lo que hace que no deba jugar en contra de la misma el instituto de la prescripción, reservado para supuestos de distinto fundamento.

El supuesto de *concurso real* supone la acumulación de un conjunto de penas para ser ejecutadas, las cuales han de ordenarse sucesivamente, por lo que es obvio que el inicio de la ejecución de algunas de ellas deberá dilatarse en el tiempo -por ser imposible la ejecución simultánea-, circunstancia que es distinta de la eventual prescripción de las penas en espera.

428

Con parecido fundamento, los supuestos *de suspensión de la ejecución*, que suponen la ejecución de la pena sin cumplimiento efectivo, imponen la eventual dilación de ciertos periodos de tiempo en los que se ignora si la pena suspendida va o no a ejecutarse, según la concurrencia o no de ciertas circunstancias, por lo que dicho tiempo no tiene validez para ser tenido por idóneo para el cómputo de eventuales periodos prescriptivos. Si el sujeto ha incurrido en causa de revocación de la suspensión pero sin que ésta se lleve a cabo, cabe exponer un supuesto un tanto paradójico; el art. 83 señala que si transcurre el periodo de prueba sin revocar la suspensión (aunque haya causa para ello) la pena se tiene por cumplida; podría darse el caso de que un condenado incurriese en causa de revocación en un temprano periodo de la condena quedándole un periodo de prueba superior al que tendría la pena para prescribir; curiosamente la Administración de Justicia, por inoperancia, le sometería al sujeto a la espera del transcurso del periodo de prueba para poder disfrutar de los efectos del art. 83, mientras que si se tiene en cuenta que la pena debiera ejecutarse -a partir de la revocación- y no se está haciendo, en realidad nos encontramos con una situación similar a la que contempla la prescripción de la pena, pero puede que el condenado se encuentre con que el periodo de prueba pendiente es más largo que el periodo de prescripción de la pena impuesta; creemos que en este caso es de justicia que obre en beneficio del sujeto el instituto de la prescripción, pues el fundamento de la misma se da y se haría

absurdamente de peor derecho a una persona a quien se ha suspendido la ejecución de la pena que a una persona a quien ni siquiera se ha sometido a la ejecución.

La *dilación en la ejecución de la pena de multa*, para la que el art. 53 prevé un aplazamiento, puede ser otra causa que se incluya entre los supuestos de suspensión de la prescripción, si bien en la práctica sería difícil pensar que el aplazamiento otorgado fuera lo suficientemente relevante como para traer consigo el transcurso de plazos considerados como prescriptivos, ya que en tal caso más bien habría que hablar de incapacidad de pago.

Cabría igualmente plantearse si la *pendencia de un procedimiento de extradición*, cuando el condenado se encuentra en el extranjero en espera de cumplir la pena impuesta (sin cumplir a su vez otra pena), debe ser considerada una situación de ejecución legalmente diferida. Creemos que tal expresión no llega tan lejos; el supuesto no es desde luego el mismo que el de quien se encuentra cumpliendo una pena en el extranjero y no puede aplicarse una analogía perjudicial al condenado, limitándose lo que reflejamos a una incidencia procesal que no describe propiamente una institución cuyo contenido sea el legal diferimiento de la pena (como lo es la suspensión de la ejecución), sino que trae consigo dicha consecuencia; de hecho, el final de tal procedimiento traer consigo que el sujeto no sea entregado a las autoridades salvadoreñas por el país reclamado, lo que mantendría la situación de inejecución válida para el periodo prescriptivo; de todas formas, hubiera sido preferible una mayor concreción del legislador en sus términos, si bien reconociendo la dificultad de abarcar todas las posibilidades en una materia como ésta, por lo que habrá de acudir a una razonable aplicación analógica respetuosa siempre de los principios fundamentales fijados expresamente en los preceptos y sin caer en interpretaciones analógicas contrarias al condenado.

429

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Únicamente se abonan dos supuestos:

a) El caso de una persona que estando condenada se evade del cumplimiento de la pena; ello dará inicio al plazo de prescripción, empero como en contra la sentencia puede interponerse recurso de revisión o inclusive un amparo; en tales casos la suspensión que podría sufrir la condena en cuanto a su ejecución, permite que se suspenda el plazo de prescripción, el cual no se sigue corriendo hasta que el recurso o el procedimiento de amparo se encuentre resuelto.

b) El segundo aspecto fundamenta de manera razonable, el problemas de unificación de penas cuando estas proceden de un concurso real precedente y se por la razón que

sea, se quebrantado la continencia del proceso, ya dijimos para evitar penas perpetuas, se impone aquí el concurso material de penas. La única distinción es la que presenta el precepto en comento, el cual se funda en un condena por hechos sobrevinientes a la primera condena, en tal caso, estando el justiciable cumpliendo una condena, la nueva condena por el nuevo hecho posterior a la época de los hechos concursados definidos por primera sentencia, se suspende en cuanto a su plazo para la prescripción, pero ello debido a que es un delito subsecuente y no precedente.

102

INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción de la pena impuesta se interrumpe con la comisión de un nuevo delito, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. A partir de ese momento comenzará a correr de nuevo el término de prescripción.

430 El legislador ha querido que la comisión de un nuevo delito penalice al ya condenado en el sentido de perder el tiempo de prescripción que en su favor haya corrido, reiniciándose el término a partir del momento mismo de la comisión del delito, por lo que habrá que tener aquí en cuenta los comentarios que hiciéramos al art. 12 de este Código sobre el tiempo de comisión de los delitos.

El principal tema que se plantea es que la “comisión de un delito”, como concepto que funda la interrupción, tiene una doble dimensión material y jurídica: el delito se habrá cometido en un tiempo determinado, pero tal *no podrá tenerse en cuenta en dicho sentido hasta que efectivamente se haya declarado por una sentencia definitiva*, lo que, por la dilación necesaria para que ello se produzca, puede llevar a que la efectiva certeza sobre la interrupción de la prescripción y la posibilidad de ejecutar, en su caso, la pena para la que ello es relevante, debe esperar al resultado del procedimiento destinado a declarar si un hecho determinado constituyó o no delito a los efectos que aquí importan.

La solución no es sencilla ni desde luego práctica. No disponemos aquí de un precepto similar a los arts. 83 o 92 del Código que declaraban que, transcurridos los periodos allí fijados, la pena se tendría por cumplida (aquí sería por prescrita). La naturaleza de la institución es sin duda distinta: el hecho se ha producido realmente y la interrupción también, pero hay una condición de la que ello pende, condición que, una vez cumplida,

permite la plenitud del efecto jurídico dimanante del hecho, sin perjuicio, por supuesto, de que la dilación en la declaración del carácter interruptivo del hecho delictivo se haya prolongado por tanto tiempo que haya transcurrido un nuevo periodo prescriptivo. La conclusión por ello sería que *la pena* -si el sujeto estuviera disponible para ello- *no podría ejecutarse hasta que se declarase que el hecho interruptor tiene carácter delictivo*.

Es una pena que el legislador no haya concretado si cuando habla de la “comisión de un nuevo delito” incluye tanto los delitos dolosos como los *delitos culposos*, los delitos y las *faltas*. Para examinar la cuestión podemos usar la referencia de los arts. 81 y 89 del Código. El primero, que trata la revocación de la suspensión de la ejecución habla, como este precepto, de la “comisión de un nuevo delito”; el segundo especifica que el carácter revocatorio de la libertad condicional lo tiene tan sólo la comisión de “un nuevo delito doloso”. Por un criterio de proporcionalidad, resulta difícil pensar que la comisión de una falta, como infracción de menor gravedad, pueda traer consigo la interrupción de la prescripción de una pena impuesta por delito, aunque, en contrapartida, quizá no sea igualmente válido el argumento para suponer que la comisión de una falta no pueda servir para interrumpir la prescripción de la pena impuesta por una falta; por otra parte, el delito culposo no responde a una resolución manifestada de delinquir, por lo que el juicio de reproche que lleva aparejado es menor y menor por tanto ha de ser su consecuencia negativa para el sujeto. Lo cierto es que cuando el legislador ha querido especificar, como ocurre con el art. 89, lo ha hecho, lo que ahora nos podría llevar a una interpretación estricta en términos gramaticales, concluyendo que sólo tiene efectos interruptivos la comisión de un delito -con exclusión de las faltas-, pero cualquier tipo de delito, tanto los dolosos como los culposos.

431

Acudiendo a la base de la institución, podría colegirse que el legislador asume que el transcurso del tiempo puede comportar la inejecución de la pena siempre que el sujeto demuestre en cierta medida un nivel de integración social adecuado, manifestado por la no comisión de conductas penalmente relevantes, y castigando con la pérdida del eventual beneficio a quien persiste en sus conductas desadaptadas; luego habría que pensar si la comisión de una falta o de un delito culposo tienen la relevancia suficiente para ser acreedores de ese juicio negativo y su pareja consecuencia de tal índole. Para nuestro criterio, tal no es así, de forma que *tanto la falta como el delito culposos no deben traer consigo tan negativa consecuencia de interrupción del periodo prescriptivo*, quedando por tanto sólo para los delitos dolosos tal virtualidad.

103

PRESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las medidas de seguridad prescriben a los cinco años, si son privativas de la libertad y a los tres años, si no lo son.

El término de la prescripción comenzará a correr desde que quede firme la resolución que impuso las medidas de seguridad o en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse.

Como en el caso de la prescripción de la pena, hay dos modalidades de cómputo del plazo, que se iniciará, bien cuando sea firme la resolución que la imponga, bien desde que deba empezar a cumplirse, para el caso de cumplimiento sucesivo de varias medidas de seguridad impuestas.

432 Al contrario de lo que sucede con las penas, *la prescripción de las medidas de seguridad no es susceptible de interrupción*, aunque el Código no aborda el tema de la *posibilidad de prescripción después de haberse iniciado el cumplimiento de la medida*, la cual, indebidamente interrumpida, debe tenerse como susceptible de prescripción a partir de ese momento; no está esto dicho expresamente en el Código, pero parece la solución más razonable.

104

AMNISTÍA

La amnistía extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la condena y todas las consecuencias penales de la misma.

La amnistía puede ser absoluta o restringida, esta última deja subsistente la responsabilidad civil.

El *art. 131.26º de la Constitución* encomienda a la Asamblea Legislativa la función de “conceder amnistía por delitos políticos o comunes conexos con estos, o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte”.

En desarrollo de dicho precepto, el Decreto nº 436 de la Asamblea Legislativa de 8 de octubre de 1998 desarrolla la institución en la *Ley Especial de Ocurso de Gracia*, a cuya más extensa regulación nos remitimos.

Mediante la amnistía *el Estado renuncia a la imposición y, en su caso, al cumplimiento de las penas* impuestas por hechos constitutivos de delito, hasta el extremo de que éste casi deja de ser considerado como tal, visto que el Código señala que desaparecen todas las consecuencias penales de la condena (desaparecen las anotaciones de los Registros al efecto).

La propia Constitución deja claro que la amnistía *es un instrumento ligado a connotaciones políticas* (al contrario que en el indulto, aquí no se oye a la Corte Suprema de Justicia) o periodos históricos muy concretos en los que la institución se utiliza como herramienta de pacificación y limpieza de la conciencia social, como si se quisiera volver a empezar de cero sobre una determinada cuestión respecto a la que se ha valorado si resulta más positivo mantener la vigencia de la persecución penal de la conducta, con todo lo que ello entraña, o emitir un mensaje de apaciguamiento hacia todas las partes afectadas. La excepcionalidad de una situación como ésta debe *reservar a casos auténticamente extremos la aplicación de la medida*.

433

Respecto a las consecuencias penales de un comportamiento, la amnistía borra todas ellas y así debe entenderse de la categórica redacción del primer párrafo del precepto, en consonancia con que en el segundo párrafo tan sólo se prevé la posibilidad de que la única secuela que quede subsistente sean las obligaciones civiles declaradas o por declarar (según que haya habido sentencia o se vaya a decretar el sobreseimiento definitivo), lo que es buena muestra de que el legislador es consciente de que la disponibilidad de la Asamblea Legislativa no debe llegar hasta la abolición de legítimas expectativas jurídicas de particulares perjudicados u ofendidos por el delito.

Choca la categórica redacción del Código, cuando señala de forma imperativa que la subsistencia de la responsabilidad civil es consecuencia aparejada a la amnistía restringida, con la dicción del artículo 7 de la Ley de Amnistía cuando se refiere a la subsistencia de la responsabilidad civil como una posibilidad no necesaria. Para nuestro criterio, vista la naturaleza de una y otra norma, debe prevalecer el mensaje claro del Código Penal.

El *art. 31.3) del Código Procesal Penal* dispone que la acción penal se extingue por la amnistía y el *art. 45.2).d)* se refiere a la amnistía como una de las causas que puede fundar el sobreseimiento definitivo de un procedimiento en tramitación, quedando subsistente la acción civil, si así se decretó.

El art. 38 de la Ley Penitenciaria encomienda al Juez de Vigilancia el cumplimiento de la amnistía decretada, resolviendo los incidentes que se susciten para su aplicación.

434

La forma restrictiva en que el precepto se refiere a las consecuencias penales como objeto de la extinción que la amnistía produce y la expresa separación que se hace de dichas consecuencias y de las civiles, que no necesariamente deben ir aparejadas a la amnistía, plantea las bases con las que abordar la cuestión de si la amnistía afecta las denominadas “consecuencias accesorias” a que se refieren los arts. 126 y 127 del Código. Tales consecuencias no dimanar propiamente de la pena, sino de la condena, como de la misma dimanar las consecuencias civiles, que, como se ve, pueden quedar subsistentes tras la amnistía. Para nuestro criterio, si la amnistía se concede con carácter restringido y queda subsistente la responsabilidad civil, no parece haber motivo para que el sujeto condenado se quede con las ganancias o ventajas del delito o con instrumentos tenidos como hábiles para la delincuencia y que por ello son susceptibles de *comiso*, visto que además el Código Procesal prevé con bastante claridad el destino que haya de darse a tales efectos. El Código hace especial hincapié en que la amnistía afecte únicamente al ámbito penal de la conducta y la accesoriedad de las medidas en debate no parece acogerse propiamente dentro de ese ámbito penal; se quiere abdicar de la pena pero sin querer llegarse a perpetuar un orden preestablecido o transformado injustamente o sin causa lícita para ello. La paradoja frente a tales razonamientos es que una amnistía absoluta no dejaría subsistente la responsabilidad civil, pudiéndose decir que el Estado se entromete en cierta medida en cuestiones patrimoniales de los ciudadanos, por lo que no parece haber entonces demasiado motivo para no admitir que queden igualmente sin efecto las consecuencias accesorias, de las cuales es precisamente beneficiario el Estado; si el Estado, personificado en el poder legislativo, es quien otorga la amnistía, no parece que deba haber mayor problema en que pueda abdicar de que llegue a él algo que estaría llamado a recibir por vía de los invocados preceptos.

JURISPRUDENCIA.

“Se estableció que la figura de la amnistía presentaba dos dimensiones, la primera como manifestación o prerrogativa de gracia y la segunda, como competencia legislativa o forma de legislación derogatoria con efectos retroactivos y temporales. así mismo, en cuanto al primer aspecto, se dijo que la amnistía es una gracia del soberano, una agracia colectiva que tiende a garantizar la paz social y política, pues constituye la expresión jurídica de un acto político que permite la apertura de un proceso democrático y favorece el consenso nacional, con el objetivo primordial de neutralizar una situación de crisis interna –conflicto armado no internacional – o

consolidar la terminación de un conflicto armado internacional. Lo anterior indica que la amnistía se fundamenta en la soberanía misma, siendo pues, la potestad de clemencia un atributo de aquella. Sobre la segunda dimensión de la amnistía se expresó que, más que una potestad de gracia que excepciona el orden legal, y como un instrumento de corrección del derecho, constituye una derogación temporal con eficacia retroactiva de unas normas, pudiendo asemejarse a la aplicación retroactiva de las leyes penales en tanto que favorecen al reo de un delito. De todo lo anterior, finalmente se concluyó que la amnistía constituía una forma de gracia y una derogatoria con efectos retroactivos de una norma penal; además se señaló que la potestad de conceder gracias o clemencias es una manifestación de la soberanía; y en consecuencia se trataba de un acto eminentemente político, siendo que el tribunal encargado del control constitucional –esta Sala – no podía conocer de las cuestiones puramente políticas, ya que la situación excedería con demasía la orbita de la competencia que le esta delimitada por la Constitución, e invadiría el campo propio de los otros órganos del Estado. Ahora bien en torno a lo expuesto en dichas resoluciones, es necesario considerar si sus fundamentos jurídicos se adecuan, en la actualidad a las exigencias de lo que debe ser un auténtico régimen de vigilancia de la superioridad de la Constitución, con relación a las disposiciones jurídicas y actos estatales, el cual requiere de ciertos elementos esenciales tales como: una Constitución total o parcialmente rígida; un órgano de control independiente y con facultades decisorias; la posibilidad amplia de impugnar las disposiciones jurídicas; y el sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de la constitucionalidad, ya que si un sector del ordenamiento jurídico en vigor o de la actividad estatal no puede ser enjuiciado constitucionalmente, no se tipifica en el país un régimen completo de control de constitucionalidad. Respecto del último de tales elementos esenciales, considerando que el objeto del proceso de inconstitucionalidad consiste en la confrontación de la normativa impugnada con el texto constitucional a fin de invalidar la disposición que se estima incompatible con la Constitución cuando la misma contenga un mandato opuesto a la disposición constitucional propuesta como parámetro de control, se advierte que la amnistía considerada como ejercicio de una competencia conferida por la Constitución al Órgano Legislativo, no es susceptible de ser tomada como una manifestación de la soberanía, por lo que si puede estar sujeta al control jurisdiccional de su constitucionalidad, para tal efecto de realizar un examen de compatibilidad de la misma con la Ley Suprema, pudiendo esta Sala emitir un pronunciamiento de fondo sobre su conformidad o disconformidad con la Constitución. (Inconstitucionalidad, 26-09-00)”

“Para efectos de analizar el Art. 244 Cn es necesario previamente hacer un enfoque desde la perspectiva del Art. 131 Ord. 26° Cn (...) La mencionada disposición establece

una regla general según la cual la amnistía y el indulto están permitidos en el ordenamiento jurídico salvadoreño en materia penal, como competencia de la Asamblea Legislativa. Ahora bien, se advierte que la amnistía está prevista únicamente para delitos políticos, comunes conexos con éstos, o para delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, quedando por lo tanto excluidos de esta gracia los delitos comunes realizados por un número de personas inferior a veinte, los cuales no pueden ser amnistiados bajo ningún supuesto. Por su parte el Art. 244 Cn establece lo siguiente (...) Tal disposición constituye una excepción a la regla general antes mencionada en el Art. 131 Ord. 26° Cn ya que prescribe en qué casos y bajo qué supuestos no es permitida la amnistía ni el indulto, como tampoco la conmutación. Desde esta última disposición, se concluye que no se admite amnistía conmutación o indulto cuando el delito reúne en su conjunto los siguientes elementos: (a) cuando se trata de una violación, una infracción o una alteración de las disposiciones constitucionales, especialmente penada por la ley; (b) cuando el hecho es cometido por funcionarios públicos sean éstos civiles o militares; y (c) cuando el delito se haya realizado durante el período presidencial en el que se pretende conceder la amnistía, la conmutación o el indulto. (Inconstitucionalidad, 26-09-00)”

436

“Desde la perspectiva señalada se advierte que el artículo 2 Inc. 1° Cn –como una disposición esencial dentro del contexto de la Constitución, en cuanto sienta las bases que hacen efectivo el goce de los derechos fundamentales– también se perfila como una limitación a la atribución concedida a la Asamblea Legislativa en el Art. 131 Ord. 26° Cn siendo que este último debe interpretarse en comunión con dicha limitación. Lo anterior implica que la Asamblea Legislativa puede conceder amnistía por delitos políticos o comunes conexos con éstos o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, siempre que dicha amnistía no impida la protección en la conservación y defensa –por la vía del proceso penal– de los derechos fundamentales de la persona humana. Ahora bien, es necesario aquí determinar en qué casos la amnistía no impide la protección en la conservación y defensa de los derechos de la persona. La amnistía está prevista, en términos generales, para los delitos políticos, comunes conexos con políticos y para los delitos comunes cometidos por un número igual o mayor de veinte personas. En relación a los delitos políticos, se advierte que no en todos estos delitos existe vulneración de los derechos fundamentales; así, por ejemplo existen delitos políticos en los cuales el directamente afectado es el Estado y en consecuencia no vulnera derechos fundamentales. En estos casos, no podría decirse que la investigación de tales delitos persigue la reparación de un derecho fundamental y, por lo tanto, las personas procesadas por tales delitos podrían ser beneficiadas con la amnistía. Por consiguiente, se tiene que los delitos comunes conexos con políticos admitirían amnistía, en la medida en que el delito político con el cual tienen conexión sea susceptible de ser amnistiado. En relación con los delitos comunes cometidos por

un número de personas que no baje de veinte es necesario señalar que, no todos los bienes jurídicos afectados por un delito constituyen derechos fundamentales; en consecuencia, en estos casos, tampoco puede afirmarse que la investigación de tales delitos persiga la reparación de un derecho fundamental y por lo tanto también admiten amnistía. (Inconstitucionalidad, 26-09-00)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Deben apostillarse las siguientes situaciones: (a) Desde su carácter etimológico amnistía significa olvido, el cual se asocia delitos de carácter político o delitos comunes conexos con delitos políticos, por cuanto se indica que son medios para alcanzar formas de conciliación respecto de conflictos políticos; es por ello que las amnistías deberían restringirse estrictamente a los delitos políticos; sin embargo en nuestra legislación la atinencia a los delitos políticos resulta ampliada por la formula utilizada para definir el delito político –artículo 21 CP– lo cual debe ser interpretado con mesura por cuanto la amnistía no es un instrumento para generar impunidad. Desde la formula constitucional la amnistía puede ser ampliada a delitos comunes pero ello esta limitado por el número de los partícipes.

(b) debe indicarse que entre sus condiciones están: es materia reservada para el poder legislativo; debe de ser de carácter general, salvo en el supuesto vinculado a delitos comunes en el cual se exige un número de personas; tiene por finalidad enervar la responsabilidad penal; puede tener un carácter absoluto o restringido en cuanto si deja subsistente o no la responsabilidad civil, lo cual inclusive puede tener serios déficits conforme a la Constitución.

(c) debe indicarse que se distingue entre amnistía propia e impropia. La primera tiene razón de ser cuando lo que se extingue es la responsabilidad penal y la pena, es decir cuando la persona esta condenada. La segunda se refiere a la extinción de la pretensión penal lo que significa que las personas beneficiadas no podrán ser perseguidas penalmente. El precepto recepta ambos modelos por cuanto abarca la extinción de la acción penal y la ejecución de la pena.

(d) Como se quiera que la amnistía no puede desconocer la obligación del Estado de tutelar a las personas en sus derechos, de garantizar a los ciudadanos el acceso a la justicia y de concederles una tutela judicial efectiva mediante el sometimiento al proceso, la institución de la amnistía no puede ser formulada como instrumento de impunidad, en el sentido de impedir que las víctimas de un delito tengan acceso a ser tuteladas por la jurisdicción cuando así proceda.

(e) de ahí que —en mi opinión— la denominada amnistía propia que permite averiguar los hechos y atribuir responsabilidades a quien corresponda, es una mejor opción desde la Constitución para solventar los graves problemas que se han suscitado, por cuanto en caso de que por motivos de concordia social proceda su aplicación, no deja en la impunidad los hechos sucedidos y permite que los Tribunales de la República cumplan con su cometido de impartir justicia, valor supremo de la Constitución.

105

INDULTO

El indulto es la extinción de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada dejando subsistente la responsabilidad civil.

438 El *art. 131.26º de la Constitución* encomienda a la Asamblea Legislativa la función de “conceder indultos, previo informe favorable de la Corte Suprema de Justicia”. En tal sentido, respecto a ésta última, el *art. 182.8ª de la Constitución*.

En desarrollo de tales normas, el Decreto n° 436 de la Asamblea Legislativa de 8 de octubre de 1998 desarrolla la institución en la *Ley Especial de Ocurso de Gracia*, a cuya más extensa regulación nos remitimos.

El indulto parte de que el derecho de ejecutar la pena impuesta, una vez declarada la existencia del delito, radica en la colectividad ofendida, por lo que en determinadas circunstancias la misma puede abdicar de ese derecho, siendo su legítimo representante en el ejercicio del poder la Asamblea Legislativa, el órgano constitucional encargado de ejercer tal derecho.

El indulto debe ser sin duda *una excepción tras la sentencia definitiva*, toda vez que el adecuado uso de las reglas de adecuación de las penas, sus formas sustitutivas de ejecución, con expresa referencia a la suspensión condicional de la misma, la libertad condicional, el perdón judicial del art. 82 del Código y la correcta aplicación del sistema penitenciario, con expresa mención al tratamiento y a la aplicación ponderada de las fases de ejecución, son instrumentos que posibilitan acercar lo más aproximadamente posible a la sentencia al ideal de justicia a que se hace acreedor cada sujeto determinado. Hay pues instrumentos, en lo que podríamos llamar la legalidad ordinaria, para atender a las personas concretas y su evolución tras la firmeza de la sentencia, por lo que sólo

en casos aislados el indulto se presenta como un instrumento adecuado para evitar los castigos excesivamente severos que traería consigo la aplicación estricta de la legislación penal sustantiva. No se olvide que el indulto es, en cierta forma, una medida que trata de reparar la inadecuación del sistema punitivo general, en cierto modo, un fracaso del mismo para dar respuesta adecuada a un caso concreto y a una persona determinada.

El indulto es un instrumento que *debe ser utilizado con mesura por el poder legislativo* para no desprestigiar la función de la Administración de Justicia, sin olvidar no obstante que en este caso la Constitución exige el informe favorable de la *Corte Suprema de Justicia*, requisito ineludible aunque no vinculante, es decir, que *puede denegarse a pesar de ese informe favorable, pero no puede concederse sin contar con el mismo*.

El indulto puede ser absoluto o ir acompañado de condiciones (art. 19 de la Ley).

Los efectos quedan claros en el texto del Código: la *extinción de la responsabilidad penal ya declarada* -traducida en penas principales y accesorias- y la *subsistencia de las obligaciones civiles declaradas por la misma* (en consonancia con el artículo 22 de la Ley). Las *consecuencias accesorias* a que se refieren los arts. 126 y 127 no deben entenderse afectadas por la concesión del indulto (en consonancia con el artículo 23 de la Ley), quedando subsistentes por la propia naturaleza que tiene su existencia (nos remitimos al comentario de tales preceptos); no tendría sentido que, reconocida la existencia de un delito por haber sido declarado en la sentencia, no se consideraran las razones de injusto enriquecimiento o seguridad que dan lugar a las pérdidas y comisos ahí referidos. El óbice que puede oponerse a lo anterior es que el Estado, a través de uno de sus poderes, podría estar renunciando implícitamente a que lleguen a él unos efectos que estaría llamado a recibir, visto el tenor de los invocados preceptos, aunque cueste entender que ello pueda justificar el mantenimiento de situaciones de ilícito enriquecimiento o de riesgo potencial de delincuencia.

439

El *art. 38 de la Ley Penitenciaria* encomienda al *Juez de Vigilancia* el cumplimiento del indulto decretado, así como la resolución de los incidentes que se susciten en su aplicación.

El *art. 168.10º de la Constitución* señala que corresponde al Presidente de la República la función de “*conmutar penas*, previo informe y dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia”. En tal sentido, respecto a ésta última, el *art. 182.8º de la Constitución*. Tal es en cierta medida una forma de indulto, lo que denominaríamos un *indulto parcial*, pues aunque el precepto define a la institución como causa de extinción de la responsabilidad penal o, más en concreto, de la pena impuesta, lo que sucede es que la pena se extingue en la forma declarada para reaparecer en una forma distinta (otra

de menor gravedad, dice la Ley especial en su artículo 28), renovándose aquí los avisos sobre la *prudencia* con que debe accederse a la institución como “última solución” que no acabe generando un derecho fuera de la legalidad expresamente prevista para ello, sobre todo, repetimos, cuando hay bastantes instrumentos para adecuar la pena al sujeto y a su situación.

La antes invocada *Ley Especial de Ocurso de Gracia* regula igualmente la conmutación en su Capítulo IV.

JURISPRUDENCIA.

“No se admite amnistía, conmutación o indulto cuando el delito reúna en conjunto los siguientes elementos: que sea una violación a las disposiciones constitucionales especialmente penada por la ley; que el hecho sea cometido por funcionarios públicos; que el delito haya sido realizado durante el período presidencial en el que se pretende conceder la gracia. (Inconstitucionalidad, 26-09-00)”

PROHIBICIÓN DE EXTINCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las medidas de seguridad no se extinguen por amnistía ni por indulto.

El precepto es categórico en cuanto a la exclusión de las medidas de seguridad del régimen de extinción que amnistía e indulto suponen. La solución es lógica: la pena tiene un componente esencial de castigo sobre el que pueden actuar razones de conveniencia u oportunidad, pero detrás de la medida de seguridad está una persona afectada por una determinada anomalía que tiene efectos criminógenos y sobre la que se hace preciso actuar, tanto por el bien de la persona como para proteger a la sociedad. No tendría razón de ser la extinción de la medida por esta vía, pues supondría la gratuita renuncia a la mejora de la persona y del entorno en que está llamada a convivir, sin que puedan encontrarse razones históricas o de política criminal que ello propicien, como es el caso de la amnistía y el indulto.

107

RÉGIMEN DEL PERDÓN

El perdón del ofendido extinguirá la responsabilidad penal en los delitos de acción privada o de acción pública previa instancia particular, y operará en los casos determinados por la ley.

En los casos de perdón judicial, se estará a lo dispuesto en los artículos 82 y 372 de este Código.

El que el perdón tenga eficacia extintiva sobre la responsabilidad penal supone la disponibilidad de la víctima sobre el derecho de penar del Estado, por lo que sólo cuando el bien jurídico protegido por la infracción punible suponga que el interés del particular es, cuando menos, tan importante como el del Estado, el perdón tiene razón de ser. Tal cuestión no es sin embargo pacífica, sino que más bien responde a razones históricas o coyunturas de política criminal.

441

La acción penal se ejercitará mediante acción pública, acción pública, previa instancia particular, y acción privada (art. 19 del *Código Procesal Penal*). El art. 26 señala los delitos y faltas que se perseguirán mediante *acción pública dependiente de instancia particular* y el art. 28 señala los delitos que serán perseguibles sólo por *acción privada*. Es para estos casos para los que el legislador reserva la posibilidad de que el perdón del ofendido se constituya como causa de extinción de la responsabilidad penal, sin perjuicio de que, previamente, para los casos en que esté expresamente autorizado, el perdón de la víctima se configure también como causa de extinción de la acción penal dirigida a la declaración ulterior de la responsabilidad penal.

El art. 31.12) del Código Procesal Penal señala que el perdón de la víctima, cuando esté expresamente autorizado, es causa de extinción de la acción penal.

En el *procedimiento por delito de acción privada*, el art. 405 del Código Procesal Penal prevé que la víctima, sus herederos o representantes legales en su caso, puedan perdonar al imputado, lo que habrán de hacer expresamente durante el procedimiento y hasta antes de la vista pública, teniendo ello como consecuencia la extinción de la acción penal bajo la forma procesal de sobreseimiento. La limitación del otorgamiento del perdón hasta tal momento supone un acierto, pues, de prolongar la posibilidad de su otorgamiento a un momento posterior a ser dictada la sentencia, la figura acabaría

teniendo una dimensión criminógena al someter a la víctima a la posibilidad de obvias presiones o, en otro sentido, ser utilizada por las víctimas como moneda de cambio con interés puramente mercenario.

Un problema no resuelto por el Código es el de un supuesto de *concurso ideal o medial* en el que no todos los delitos del complejo estén sometidos al régimen extintivo del perdón, habiéndose impuesto una sola pena conforme a la regla del art. 70. Queda claro que nada impide la persecución o cumplimiento de las penas correspondientes a los delitos no afectados por el perdón, si bien en este caso es obvio que tales no existen propiamente si el juez optó por imponer una pena conjunta en vez de penas separadas, por lo que prácticamente la única solución que se aventura es la de que el juez emita una resolución al respecto para valorar qué le pueda resultar más favorable al condenado.

442

El régimen del *perdón judicial*, que siempre lleva consigo el que la pena quede sin efecto, tiene distinta naturaleza cuando se trata de delitos o de faltas. Aun remitiéndonos al más prolijo desarrollo de los arts. 82 y 372 de este Código (régimen del perdón judicial para delitos y faltas, respectivamente), queda claro que en el caso de las *faltas* la posibilidad del juez surge de un principio de oportunidad que prefiere la inejecución de la pena como mensaje de generosidad que se dirige a quien sólo ocasional y levemente ha violado la ley penal para que ello tenga al mismo tiempo un efecto de prevención especial para el futuro, mientras que en el caso de los *delitos* hay más complicadas razones en virtud de las cuales se entiende que el sujeto y su entorno, por causas ajenas a la propia pena pero ligadas a la conducta delictiva, ya han recibido el efecto de suficientes consecuencias negativas a las que no parece oportuno que se sume la pena misma.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Solo señalar algunas cuestiones: a) el régimen del perdón es un reconocimiento expreso a la inclusión de la víctima en la solución del conflicto que le ha afectado bienes jurídicos de carácter individual, ello es importante para erigir un derecho penal de mínima intervención; b) la inclusión del régimen del perdón de la víctima en el derecho penal de fondo es de inusitada relevancia, por cuanto esta asociado a los delitos de régimen especial, es decir los delitos perseguibles por acción privada y los delitos de previa instancia particular de la víctima; precisamente la ubicación del perdón respecto de dichos delitos en el código penal, permite utilizar la interpretación *in bonam partem* de ahí que a mi juicio todos los delitos enumerados como delitos de acción privada y todos aquellos de acción pública previa instancia particular quedan incluidos en el régimen

del perdón; con lo cual la responsabilidad declarada y la pena que se haya impuesto quedan extinguidas.

c) Lo anterior no debe significar ninguna conmoción respecto de los delitos de acción publica previa instancia particular, por cuanto por una parte sin el consentimiento de la víctima, tales delitos no pueden ser instados, lo cual es un límite para la persecución penal de los delitos y el ejercicio del *ius puniendi*; pero ello no es todo inclusive si la víctima ha concedido la autorización para perseguir estos delitos sujetos a régimen especial; la misma víctima ya instada la acción, tiene el poder de revocar la instancia particular habilitada y ello trae como consecuencia la extinción de la pretensión penal y el dictado de un sobreseimiento definitivo. Si ello es así, si la víctima tiene semejantes poderes –en buena hora– para decidir ella los causes de su propio conflicto a tal punto de enervar toda la persecución penal, inclusive renunciando a la ya iniciada, entiendo que el mismo poder tiene para perdonar al justiciable, en consecuencia de lo cual se extingue la responsabilidad penal y la pena. Es esta una forma de hacer justicia ya no expropiando a la víctima y al ofensor de su propio conflicto.

d) únicamente debe atenderse a la titularidad de la víctima, respecto del bien jurídico afectado y a la capacidad para conceder el perdón.

443

108

ENFERMEDAD INCURABLE EN PERÍODO TERMINAL

El juez o tribunal declarará extinguida la pena impuesta en cualquier momento del cumplimiento de la misma, cuando se acredite mediante peritos, que el condenado padece una enfermedad incurable en período terminal. Sometiéndolo a tratamiento médico ambulatorio o vigilancia, según el caso.

Esta forma de extinción no afecta la responsabilidad civil.

Se trata la presente de una circunstancia extraordinaria de extinción de la pena impuesta por causas sobrevenidas que se concretan en el padecimiento de una enfermedad incurable en período terminal, lo que se justifica fundamentalmente por dos razones: por una parte, por una cuestión de *prevención especial*, toda vez que se supone que en tal estado el sujeto ya no es susceptible de generar la peligrosidad criminal que su condenado comportamiento había puesto de manifiesto, por lo que el fin de

aseguramiento de la persona que cumple la pena ya no es necesario; igualmente, dentro de esta dimensión de prevención especial, *difícilmente sobre una persona en estas circunstancias podrán cumplirse las pretensiones de reeducación y reinserción social previstas para la pena* en general y para la pena privativa de libertad en particular (art. 27 de la Constitución); una segunda dimensión que no debe perderse de vista -y que va a resultar útil para deslindar la pertinencia de la aplicación de la medida en supuestos dudosos- es la de considerar que en un momento determinado la situación de internamiento en un establecimiento penitenciario puede entrar en *conflicto con el derecho a la vida en condiciones de máxima dignidad* para la persona si ello se pone en relación con el padecimiento de una enfermedad incurable en periodo terminal, donde el mantenimiento del estado penitenciario podría suponer cuando menos un agravamiento o una aceleración de la degradación a que está abocada la persona. No obstante esto último, no puede negarse que detrás de la institución hay un sentimiento indudablemente pietista y pragmático.

444

No basta que el condenado padezca *una enfermedad incurable* -lo que habrá de valorarse en términos de ponderada ciencia médica (de ahí el dictamen de peritos que se invoca)-, sino que el sujeto deberá encontrarse en *período terminal*, lo que supone sin duda una cualificación del requisito, que sin duda contempla la realidad de que algunas de las enfermedades que hoy se califican como incurables atraviesan periodos en los que la persona que las padece vive en un estado de relativa normalidad que no incompatibiliza su situación con la ejecución de una pena. Es paradigmático de esto la situación de los enfermos de SIDA, quienes sin duda serán una parte de la población reclusa susceptible de la aplicación de esta medida.

El precepto supone una poco explicable excepción al sistema de atribución competencial, que hace que sean fundamentalmente los Jueces de Vigilancia los encargados de todo cuanto rodea a la ejecución de la pena y al respeto de los derechos de la persona privada de libertad (art. 35 de la Ley Penitenciaria), con expresa referencia a la declaración de la extinción de la pena en el art. 37.8) de la norma citada. Sin embargo, la redacción del precepto parece inequívoca en cuanto que hace una referencia al juez o tribunal, expresión que se refiere sin duda al *sentenciador*, toda vez que es la que habitualmente usa el Código cuando a tal nombra, además de que la inclusión del “tribunal” sería impropia para referirse al Juez de Vigilancia.

El Código mantiene una pretensión un tanto equívoca de que se mantenga un cierto *grado de control sobre la persona a quien se ha declarado extinguida su responsabilidad penal*. Se hace referencia a la sumisión a tratamiento médico ambulatorio y vigilancia, medidas que no pueden tener una misma finalidad, aunque la amplitud de conceptos puede ayudar a resolver problemas de interpretación. Básicamente lo que puede querer

el legislador como interés social es el conocimiento de la situación médica del sujeto y el control de su persona, ambos factores a su vez con la doble dimensión de que el condenado se encuentre suficientemente asistido como grave enfermo terminal que es y que, por otra parte, no aproveche la excarcelación para generar situaciones de riesgo a terceros o nueva delincuencia por creerse amparado por una especie de salvoconducto que haría impunes sus actos. Todo ello debe atenderse con tales medidas, aunque tal vez hubiera sido mejor solución legislativa la de que se hubiera previsto la eventual sumisión del sujeto al régimen de condiciones previstas para la suspensión de condena o la libertad condicional; más bien el legislador se ha decantado por asimilar la situación a la de las medidas de seguridad, con cuyo catálogo se relaciona más adecuadamente la referencia al tratamiento médico y la vigilancia.

La sumisión a medidas hace pensar si sería posible una vuelta atrás en caso de que la persona *incumpliera el seguimiento de tratamiento médico o la sujeción a vigilancia*, ya que es obvio que una cierta colaboración activa o aquiescencia por su parte es necesaria, o si, desde otro punto de vista, lo que en un momento determinado se manifestara como un estado de grave enfermedad en periodo terminal tomase un giro positivo, cuestión que no es descartable de forma excepcional en el estado actual de la ciencia médica respecto a determinadas enfermedades. La expresión del Código es categórica en cuanto que la decisión judicial es la de declarar la extinción de la pena, lo cual debe entenderse como una *manifestación irrevocable*, además de que -al menos en cuanto al caso de incumplimiento de condiciones- lo que parece primar en la mente del legislador es lo inconciliable de la situación de enfermedad del sujeto con la ejecución de la pena, por lo que las situaciones extremas a que hacemos referencia deben ser tratadas dentro del marco que dejan medidas tan amplias como el tratamiento médico o la vigilancia, sin olvidar que el sujeto, aun declarado sin pena que cumplir, sigue sometido a la disciplina y autoridad del órgano jurisdiccional que decretó la extinción de la pena, si bien debiera pensarse que ello no debería prolongarse por más tiempo que el que al sujeto le quedara como cumplimiento de pena, pues de lo contrario podría abocarse a la persona a estar sujeta a medidas de seguridad indeterminadas en el tiempo, a la vez que el art. 95 dispone en cuanto a la regulación de las medidas de seguridad que ésta no podrá exceder del tiempo que les correspondería como penas. Por la propia naturaleza de la situación, no parece que supuestos como éste hayan de ser problemáticos, ya que se parte de circunstancias en las cuales la vida de la persona parece destinada a terminar por efecto de la enfermedad, no obstante lo cual estimamos oportunas cautelas como la apuntada para asegurar límites ante situaciones sometidas a la eventualidad.

El mantenimiento de la *responsabilidad civil* resulta obvio por no estar relacionada la situación patrimonial del sujeto con las obligaciones civiles dimanantes del delito y

declaradas en la sentencia, sin que haya razón para que el perjudicado abdique de su derecho, como el Estado abdica de su posibilidad de ejecutar la pena impuesta.

CAPÍTULO II

DE LA REHABILITACIÓN Y CANCELACIÓN DE REGISTROS

109

CONCEPTO Y TRÁMITE

Por la rehabilitación se extinguen de modo definitivo todos los efectos de la pena.

Cuando se haya extinguido su responsabilidad penal, el condenado tiene derecho a solicitar la rehabilitación, siempre que haya satisfecho, en lo posible, las consecuencias civiles del delito.

El delito *tiene efectos más allá del cumplimiento de la pena*, efectos que, como se enumera en el artículo siguiente, se concretan fundamentalmente en la pérdida o restricción en el ejercicio de determinados derechos de ciudadano y en la anotación de la condena en el Registro de Penales. Debe pues instrumentarse un sistema que, una vez declarada la extinción de la responsabilidad penal por las circunstancias enumeradas en el artículo anterior, procure la desaparición de esos efectos anejos a la pena. Tal es el contenido de este capítulo.

447

Se intenta impedir que los antecedentes delictivos sean obstáculo para la reinserción del condenado.

La rehabilitación es un *derecho del penado* que ha extinguido su responsabilidad penal, tan sólo condicionado a la *satisfacción de las obligaciones civiles declaradas en la sentencia* (las consecuencias civiles del art. 115 del Código) cuando su situación patrimonial fuere propicia para ello, lo que pone de manifiesto la importancia que para el legislador tiene la responsabilidad civil derivada del delito como obligación que ha de asumir el condenado, quien no sólo con el cumplimiento de la pena puede verse eximido del reproche social que sigue significando la no rehabilitación; se acentúa por tanto el doble componente público y privado que el delito tiene, de forma que con la pena se satisface fundamentalmente el derecho de la colectividad representada por el Estado, mientras que la obligación civil declarada aparece ligada al reproche y es tan carga para el sujeto como el cumplimiento de la pena misma. El derecho del penado no está

ligado a ningún principio de oportunidad, sino que tan sólo *depende de la concurrencia de los requisitos objetivos relacionados*.

Si el condenado es rehabilitado en un estado de incumplimiento total o parcial de sus obligaciones civiles por insuficiencia de su patrimonio para ello y *luego mejora de fortuna*, debe entenderse que renace la oportunidad de hacer efectiva la obligación civil pendiente si no hubiera prescrito, mas ello *no puede tener efectos sobre una rehabilitación ya declarada y no sujeta a revocación*. La eventual existencia de disposiciones dilatorias o aplazamientos sobre el pago de la responsabilidad civil no debe ser óbice a la rehabilitación siempre que el sujeto obligado esté al corriente de las obligaciones asumidas en lo vencido, visto que el Código hace referencia al citar el requisito a una satisfacción de la responsabilidad civil en aquello que haya resultado posible, es decir, considerando tan sólo supuestos obstativos aquellos en los que el obligado está instrumentando un comportamiento contrario al cumplimiento de las obligaciones civiles.

Respecto a la *suspensión condicional de la condena*, visto que el art. 96 del Código somete la extinción de la responsabilidad penal al cumplimiento del periodo de prueba, resulta obvio que la rehabilitación habrá de esperar a que tal se produzca por ser esa su peculiar forma de generar la extinción de la responsabilidad penal.

448

110

EFFECTOS DE LA REHABILITACIÓN

La rehabilitación produce los siguientes efectos:

- 1) La recuperación de los derechos de ciudadano y la desaparición de toda otra inhabilitación, prohibición o restricción por motivos penales; y,**
- 2) La cancelación de antecedentes penales en el Registro de condenados que lleve el organismo correspondiente.**

El precepto concreta los efectos de la cancelación y otras consecuencias formales de la condena penal. Se refiere a ámbitos que propiamente escapan al Derecho Penal y del control propiamente dicho de los tribunales de justicia, pero que inciden notoriamente en la vida en sociedad y en facetas prácticas para el devenir del sujeto. Se trata en realidad de una “norma en blanco” que hace referencia a cuanta normativa regula las

consecuencias que para el ciudadano tiene el hecho de haber sido condenado por un delito, de lo cual se tendría constancia a través de la oportuna anotación registral.

111

REHABILITACIÓN POR ERROR JUDICIAL

En caso de revisión de sentencias, si se llegare a establecer un error judicial en relación al condenado, el tribunal lo comunicará al organismo competente, para los efectos que señalan los artículos anteriores.

La revisión de sentencias ocupa el Título V del Libro IV del Código Procesal Penal, pudiéndose llegar con ello a una resolución anulatoria de la sentencia firme condenatoria dictada, lo que, en cualquier caso, deja a ésta sin efecto, bien a través de la nueva sentencia que se pronuncie, bien por la pendency de un nuevo juicio (art. 436 del Código Procesal Penal). Resulta obvio que la anotación a que diera lugar la sentencia que queda sin efecto debe seguir el mismo destino, por lo que la dicción del precepto resulta de la propia naturaleza del recurso de revisión y sus consecuencias.

112

RÉGIMEN DE REGISTROS PENALES

La dependencia encargada de llevar el registro de antecedentes penales deberá informar sobre los mismos, al propio interesado, a cualquier juez o magistrado competente en materia penal, y al juez de vigilancia penitenciaria.

El registro de las sentencias caduca en todos sus efectos a los cinco años de extinguida la pena.

En los casos de cancelación o caducidad de los registros, el antecedente penal que consta no se tendrá en cuenta para ningún efecto; si se solicitan certificaciones de éstos, se deben hacer constar expresamente en su caso ambas circunstancias.

450 En el registro anteriormente mencionado se llevarán también anotaciones de los delitos conciliados por una persona por el período de cinco años. A tal efecto, la Fiscalía y los tribunales con competencia en materia penal deberán remitir al registro correspondiente la información que identifique a la persona, el número de expediente, el delito conciliado y una breve relación de los acuerdos alcanzados. Los efectos de este registro caducan a los cinco años de haberse producido la conciliación siempre que se hubieren cumplido los acuerdos. Su publicidad se sujetará a lo dispuesto en el inciso primero de este artículo. (11)

El Registro no puede ser una fuente de información indiscriminada sobre los antecedentes penales de una persona, pues ello afectaría al derecho a la intimidad proclamado constitucionalmente.

Otra cosa será que para el desarrollo de determinadas actividades o el acceso a ciertas situaciones la persona deba acreditar la carencia de antecedentes penales vigentes, por lo que será él mismo quien recabe del Registro la emisión del correspondiente certificado sobre su situación; no será así otro quien haya accedido al Registro, sino el propio informado, para quien, con el Juez de Vigilancia, la norma restringe el acceso a la información obrante.

La norma recalca la diferencia entre dos conceptos: la cancelación del antecedente y la caducidad de la cancelación. La *cancelación del antecedente*, como se vio en el artículo 109, está sometida al doble requisito de la extinción de la pena y de la satisfacción

posible de las consecuencias civiles del delito; la caducidad de la anotación añade una cláusula de salvaguardia respecto al hecho de que el antecedente penal no pueda tener una eficacia ilimitada sobre el devenir de una persona, ya que, con un criterio meramente objetivo y ajeno a cualquier otra circunstancia cual es el mero transcurso de un período de cinco años desde la fecha de extinción de la pena (habrá que acudir para su fijación a la naturaleza de las distintas causas de extinción) la anotación registral pierde cualquier posible eficacia y, aun constando formalmente la anotación en el Registro (cuando debiera haberse producido su desaparición material), la certificación que se emita sobre anotaciones cancelables y no canceladas debe dejar constancia de tal hecho.

Para mayor seguridad y para evitar la causación de efectos odiosos en la práctica; lo que debería de suceder es que la certificación registral en esos casos se emitiera señalando la inexistencia del antecedente invocado.

JURISPRUDENCIA.

“El tribunal sentenciador, debió considerar que para emitir un pronunciamiento relacionado con la responsabilidad civil, era necesario tomar en consideración, que la representación fiscal omitió presentar e incorporar prueba para tal efecto, por lo que al momento de la sentencia no existía base probatoria que sustentara la decisión jurisdiccional de condena respecto al monto de dicha responsabilidad.

451

Este Tribunal considera que no se puede obviar que cuando el afectado por un fallo judicial no ha tenido la oportunidad real de defensa se viola su derecho de audiencia, pues se le priva tanto de conocer las razones de tal afectación como también de la posibilidad de desvirtuarlas. (Casación, 30-06-03)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El precepto ha sufrido una amplia modificación por la cual se formularan algunas consideraciones: a) Se entiende por antecedentes penales: aquellos registros en los cuales mediante una sentencia condenatoria se ha declarado la culpabilidad de una persona imponiéndosele una pena. Si es oportuno indicar que el registro de antecedentes es una formulación del período positivo italiano, de índole peligrosista y defensorista, por el cual obviamente el registro de antecedentes penales era una necesidad sobre los fundamentos clasificatorios del delincuente, inclusive el antecedente penal era el fundamento de la declaración de delincuente habitual, lo cual señala ya la raíz de un derecho penal fundado sobre la base de la personalidad del delincuente.

b) el primer inciso habilita únicamente a las autoridades que pueden requerir información sobre los antecedentes penales de los justiciables, lo cual converge a Jueces y Magistrados con competencia en el área penal. La pregunta que habría que formularse se corresponde con la utilidad de los antecedentes penales, requeridos por la jurisdicción, obviamente que si la utilización es para fundar la reincidencia o habitualidad, ello –en mi opinión– no es de recibo, por cuanto reincidencia y habitualidad, están proscritas de nuestro derecho penal que se erige sobre la base del principio de culpabilidad, con lo cual no tiene cabida un derecho penal de autor, sino únicamente un derecho penal de acto, como el principio de culpabilidad esta incardinado en el artículo 12 de la Constitución lo cual así ha sido reconocido por la Sala Constitucional, me parece que los antecedentes penales no deben ser utilizados en el sentido aludido.

452

c) es posible que los antecedentes penales se requiera como un elemento de prueba de refutación por cualquiera de las partes, para impugnar hechos que se pretenden demostrar en el debate, de ahí que al no estar vinculada estas ofertas probatorias a modificación de la responsabilidad penal, si no a una cuestión meramente probatoria para afirmar o negar un hecho mediante un elemento de prueba, la solicitud de antecedentes penales es permisible; es decir si corresponde ordenar el envío de antecedentes penales siempre que se trate de cuestiones propiamente probatorias completamente desligadas de la reincidencia o de la habitualidad como forma de responsabilidad penal. Empero la solicitud de antecedentes penales como afecta intimidad y propia imagen, debe ser ordenada motivadamente por el juez o magistrado que la solicite, es decir debe haber una valoración sobre la pertinencia utilidad y necesidad de la solicitud de antecedentes penales.

d) Respecto de la exigencia de anotaciones sobre delitos conciliados, ese requerimiento me parece excesivo, si su finalidad es meramente estadística, se puede satisfacer por otras vías; ahora bien dichas anotaciones en ningún modo pueden ser entendidas como antecedentes, por cuanto quien concilia, no por ello es culpable, la conciliación no genera ninguna consecuencia de culpabilidad, tampoco puede ser estimada como una *ficta confesio* respecto del justiciable por la cual puede ni por atisbo presumirse su culpabilidad respecto de los hechos atribuidos. Como la culpabilidad no puede ser declarada si no ha sido mediante un enjuiciamiento con todas las garantías del proceso penal constitucionalmente configurado, el conciliar no genera ninguna afectación restrictiva para el imputado, el sigue ostentando su estado de inocencia. Lo contrario significaría fundar una presunción de culpabilidad respecto de las personas que concilia un delito, ello trasgrede los límites de la presunción de inocencia, por lo cual esta parte del precepto atenta contra el estado de inocencia del justiciable, el cual esta constitucionalmente resguardado.

Sólo se abordaran algunas cuestiones de carácter general: a) indicar que la comisión de un hecho punible en principio genera respecto de la persona que lo comete –imputable o inimputable– consecuencias de índole civil que consisten en restituir el *status quo ante* respecto de las cosas o derechos sobre los cuales se causó el daño o resarcirlo; de ahí que ante el delito se deriva responsabilidad civil.

b) Sin embargo que la comisión de un hecho punible pueda generar responsabilidad civil, no significa que dicha responsabilidad responda a los principios penales, lo común es el hecho generador de la responsabilidad, el cual lo constituye el delito o la falta, como responsabilidad extra-contractual, pero no implica ello, que la responsabilidad civil no se gobierne por sus propios principios.

c) La necesidad de elucidar la responsabilidad civil en conjunto con la responsabilidad penal, tiene un sentido de extender una mayor protección a las víctimas, sin embargo debe decirse claramente la elección del legislante por el modelo adoptado para la acreditación de la misma, ha sido –en mi opinión– el peor, por cuanto se desatendió de la formulación del anteproyecto de Código Procesal Penal, la formulación de un procedimiento especial para la litigación de la responsabilidad, optándose por un modelo conjunto, que demostrado ser totalmente ineficiente para salvaguardar a la víctima, si en el ámbito del derecho penal, es posible que éste se legitime por sus consecuencias de tutela, es obvio que el modelo adoptado debe ser urgentemente sustituido.

453

d) En el área del derecho penal de fondo, es obvio que entre los modelos de hacer posible la responsabilidad civil por el delito cometido, que se sintetizan en: modelo de la unicidad, el modelo de la autonomía y el modelo mixto de ascendencia italo-hispánico se ha optado por este último haciendo converger responsabilidad penal y civil; así como pretensión penal y civil, respetando el margen de autonomía de los mismos.

e) Señalar que no obstante ese sincretismo median diferencias entre la pretensión penal y la pretensión civil de las cuales se detallan únicamente las siguientes: (I) la acción penal esta formulada sobre la pena, tiene un fuerte contenido preventivo respecto del delito; mientras que la pretensión civil tiene un carácter de tutela de estricto orden patrimonial, sin embargo esta relación cada vez más se ha simplificado; (II) La acción penal tiene un carácter de mayor jerarquía público; la pretensión civil, se estructura siempre en atención a una régimen privado, cuestión que también se ha permeado, sin embargo ese carácter dispositivo esta mucho más aceptuando en la pretensión civil; (III) que la responsabilidad penal derivada del delito es absolutamente intransferible en virtud del principio de personalidad de la culpabilidad y de la pena; en cambio la responsabilidad civil derivada del delito si puede ser trasmisible en ciertas circunstancias.

113

CANCELACIÓN DE REGISTROS DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a este Código se harán en la misma forma que los antecedentes penales y serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida y mientras tanto, solo figurarán en las certificaciones que el registro expida con destino al juez de vigilancia correspondiente, en los casos establecidos en la ley.

El régimen de cancelación es en todo similar al anteriormente expuesto con la sola diferencia (que viene dada por la diferente naturaleza entre pena y medida) de que la cancelación de la medida para nada depende de la extinción de la responsabilidad civil dimanante del delito.

454 En el caso de suspensión de la ejecución de la medida (art. 95 del Código), debe tenerse en cuenta que el plazo límite para esa suspensión viene dado por el tiempo que correspondería como pena, por lo que tal debe tenerse en cuenta como límite para la cancelación; si tras la suspensión ésta fue revocada y reiniciada por tanto la ejecución de la medida, debe entenderse, lógicamente, que será el día de extinción de su ejecución el que sirva para fijar la cancelación de su anotación registral.

Siguiendo la misma tónica del invocado artículo 95 del Código, si hubo una imposición conjunta de pena y medida, como quiera que la ejecución de la última es preferente, una vez cumplida deberá ser cancelada su anotación, sin que para ello sea óbice el que todavía reste por ejecutar la pena impuesta.

TÍTULO VI

CONSECUENCIAS CIVILES DEL HECHO PUNIBLE

CAPÍTULO I

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SUS CONSECUENCIAS

114

RESPONSABILIDAD CIVIL

La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta, origina obligación civil en los términos previstos en este Código.

La infracción penal, trátese de delito o falta, trae consigo dos consecuencias jurídicas para su responsable: la imposición de una pena y la obligación de reparar los daños o perjuicios por él causados, aunque esto último sólo en aquellos supuestos en que los hechos hayan causado además un daño patrimonial o moral, cosa que no necesariamente sucede en todas las conductas delictivas (p.ej. delitos de contenido inmaterial, delitos de peligro, ciertos casos de tentativa), sin perjuicio de que todas esas infracciones puedan dar lugar a la imposición de costas. *Esta obligación surge del hecho acaecido* y conecta directamente con la persona a la que se responsabiliza del mismo, pero, como se verá en los arts. siguientes, también puede llegar a implicar a otras personas para quienes no se predica ningún tipo de responsabilidad penal, pero que por su relación con el hecho o con el responsable criminal, están llamados a asumir, en mayor o menor grado, en una u otra forma, las consecuencias civiles de su conducta.

455

La obligación civil derivada de la comisión de hechos delictivos *se tiene que regir por los preceptos que el Código Penal dedica a esta materia y por el Código Civil en cuanto a lo no resuelto por el mismo*, sin descartar que materias concretas puedan remitir a una normativa especial reguladora de las consecuencias civiles del daño causado sobre determinados derechos. En el mismo sentido, serán las leyes de procedimiento penal las que regulen procesalmente la materia, con llamamiento supletorio a las normas procesales civiles allí donde se carezca de expresa regulación. El *art. 1.308 del Código Civil* señala como fuentes de las obligaciones a los delitos y faltas y, obviamente, es

este texto el que contiene una prolija regulación en materia de obligaciones, si bien no debe olvidarse la invocación que el precepto hace a la aplicación prioritaria del Código Penal.

La redacción del precepto *exige una relación de causalidad* entre el hecho y los daños y perjuicios, los cuales han de ser *consecuencia directa y necesaria del acto delictivo*, lo que debe entenderse como aptitud general de la causa para la producción de consecuencias de la clase dada, es decir, su adecuación. Debe entenderse que las causas antecedentes, concomitantes y exteriores no afectan al nexo causal, lo que sí sucede con las posteriores o sobrevenidas producidas por la propia víctima o por terceros, siempre que tales hechos interruptores o alteradores del nexo causal provengan de actos intencionales o dolosos o incluso provengan de la imprudencia del lesionado o del tercero.

El sistema de ejercicio de la acción civil viene regulado en los arts. 42 a 47 del Código Procesal Penal, donde pueden sintetizarse las siguientes notas características:

456

- 1º) Tanto para los delitos de acción pública como para los delitos de acción privada, la acción civil puede *ejercitarse* por su titular tanto conjuntamente con la acción penal, como de forma independiente ante los tribunales civiles y mercantiles, pero nunca de forma simultánea.
- 2º) El resultado del ejercicio de la acción civil *se declara*, por regla general, en la sentencia y en el auto de sobreseimiento definitivo.

La *sentencia absolutoria* extingue la acción civil salvo que se fundara en la duda acerca de la responsabilidad del imputado o cuando, en un procedimiento por jurado, éste hubiera emitido veredicto absolutorio.

El *sobreseimiento definitivo*, por regla general, también extingue la acción civil salvo que se haya fundado en la inimputabilidad del sujeto, excusa absolutoria que no afecte a la responsabilidad civil, muerte del procesado, indulto que no afecte a la responsabilidad civil, prescripción de la acción penal, aplicación de un criterio de oportunidad en el ejercicio de la acción pública o revocación de la instancia particular.

Característica de la acción civil es su *renunciabilidad* en aquellos casos en que ello es permitido por la propia legislación civil, cosa auténticamente excepcional en el régimen de persecución de la responsabilidad penal, lo que sienta una notoria diferencia en cuanto a la naturaleza de las dos acciones de persecución conjunta, de forma que la

renuncia de la acción civil no tiene por qué tener relevancia alguna sobre el ejercicio de la acción penal, que se mantiene incólume.

Tal autonomía tiene también su consecuencia en otros aspectos como el hecho de que la *sentencia absolutoria* en el ámbito penal no tiene por qué determinar el contenido del fallo de una ulterior reclamación civil -obviamente cuando la acción civil no se ejercitó en el proceso penal-, que puede llegar a una declaración de tal responsabilidad por fundamento distinto a que lo acaecido tuviere trascendencia penal, lo que ya ha descartado la sentencia absolutoria, sin perjuicio de que pueda fundar el hecho otro tipo de fuente de las obligaciones civiles. Para una adecuada determinación de la convivencia y límites entre la jurisdicción penal y la civil, debe volverse a hacer hincapié en que la obligación civil declarada en la sentencia penal nace del hecho descrito en la ley, el que ha sido objeto del procedimiento y tomado como presupuesto de la sentencia condenatoria: todas las consecuencias civiles dimanantes de tal hecho debe entenderse que ya han sido declaradas en el procedimiento penal y que por tanto no puede haber una reiteración en un procedimiento civil, pero lo que quede fuera de tal hecho sí podría constituir objeto de un procedimiento de reclamación civil en la búsqueda de otras fuentes y hechos que sustenten obligación de tal índole.

115

CONSECUENCIAS CIVILES

Las consecuencias civiles del delito, que serán declaradas en la sentencia, comprenden:

- 1) La restitución de las cosas obtenidas como consecuencia de la realización del hecho punible o en su defecto, el pago del respectivo valor;**
- 2) La reparación del daño que se haya causado;**
- 3) La indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por daños materiales o morales; y,**
- 4) Las costas procesales.**

458 La restitución deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con abono de deterioros o menoscabos, a regulación del juez o tribunal. Opera aunque la cosa se encuentre en poder de tercero y éste la haya adquirido por medio legal, salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, si fuere el caso, el derecho a ser indemnizado civilmente por el responsable del delito o falta.

La reparación del daño se hará valorando por el juez o tribunal la entidad del daño causado, considerando el precio de la cosa y la afección del agraviado.

La indemnización de perjuicios comprende no sólo los causados al agraviado, sino los que se irroguen a sus familiares o a un tercero. El importe se regulará teniendo en cuenta la entidad del perjuicio y las necesidades de la víctima, de acuerdo con su edad, estado y aptitud laboral y, además, del beneficio obtenido por la comisión del delito.

El precepto trata de exponer de forma omnicompreensiva todas las consecuencias posibles de un hecho penalmente relevante y las formas que pueden darse para su reparación, pudiendo distinguirse en la enumeración dos bloques: las consecuencias del hecho mismo y las que dimanen de la necesidad de acudir a un procedimiento para su exacción, siendo éste el caso de las costas procesales, entendidas (art. 447 del Código Procesal Penal) como los honorarios devengados en el procedimiento y los

gastos originados durante su tramitación. Como ya indicáramos en el comentario del artículo anterior, esta enumeración no excluye formas especiales de regulación de la responsabilidad civil que puedan establecerse respecto a determinados derechos.

La enumeración que se hace de restitución, reparación e indemnización es de *carácter gradual y escalonado*, siendo lo primordial la restitución y sólo cuando no es posible o lo recuperado ha sufrido deterioro y devaluación procederá reparar el daño o indemnizar los perjuicios. Podemos decir pues que se trata de una exposición jerarquizada, pero sin que sus términos sean excluyentes entre sí, rigiéndose por la idea de que *lo prioritario es la vuelta a la situación previa a la actuación delictiva* en sus propios términos, por lo que la primera pretensión es la restitución de la cosa de la que se ha privado a la víctima -allí donde la naturaleza del hecho sea acorde a ello-, sustituyéndose la misma por su valor sólo cuando no sea posible esa reintegración idéntica y sin excluir que la reparación de daños o la indemnización de perjuicios puedan actuar, bien como sustitutivo de la reintegración de la cosa, bien como añadido a esa reintegración lograda y que, no obstante, por sí misma no logra reparar plenamente el orden perturbado por la actuación delictiva.

La restitución

459

La restitución consiste en la entrega de lo que el sujeto se ha visto privado en virtud de la infracción. En los términos antes expuestos, tiene *carácter prioritario* respecto a las otras dos consecuencias civiles enumeradas a continuación, a las que sólo ha de acudir cuando ésta no sea posible.

Esta forma es la generalmente aplicable a los delitos patrimoniales de desposesión o apropiación.

La eventual *imposibilidad de restitución* a la que se está refiriendo el Código puede ser física o jurídica. La primera se produce cuando la cosa se ha perdido o destruido, tratándose de un bien individualizado o un bien fungible con un especial valor de afección para su poseedor. La imposibilidad jurídica se produciría cuando la cosa se halle en manos de un tercero cuya posición esté legalmente amparada incluso frente a las amplias posibilidades previstas en el segundo inciso del párrafo que en el precepto regula la restitución. En principio y como regla general, *el tercero debe restituir el bien a su poseedor legítimo*, si bien el Código deja a salvo su derecho de repetición y el de ser indemnizado por el responsable del delito o falta por los perjuicios que sin duda le acarrearán la restitución, lo cual va más allá que la mera devolución del precio que él hubiera satisfecho por la cosa.

El *deterioro o menoscabo* de la cosa se refiere tanto a la pérdida de una parte de la misma como a una disminución de su valor.

La reparación del daño

460

Teniendo en cuenta que la restitución de la cosa podía tener como alternativa la entrega de su valor y que la indemnización de perjuicios pretende culminar la íntegra recomposición de la situación afectada por el delito, tanto respecto al sujeto sobre el que recae como sobre el entorno que le rodea y que se pueda ver perjudicado por ello, la reparación del daño se sitúa como una categoría intermedia difícil de delimitar entre las que le rodean. La restitución de la cosa asienta la idea de que todos los bienes e intereses de las personas tienen una traducción económica, que es la que impera cuando el bien no puede reintegrarse al sujeto; la idea anterior se amplía en el supuesto que ahora tratamos al suponer que los bienes de los sujetos afectados por el delito tienen un valor en sí mismos, es decir, la cantidad de dinero que en el mercado sería necesario invertir para proveerse de algo de circunstancias semejantes, mas ello no supone siempre que así las expectativas del poseedor del bien se vean íntegramente satisfechas si se le provee de una cantidad de dinero para tal cosa, toda vez que el mero transcurso de tiempo o múltiples circunstancias puramente subjetivas y prácticamente intraducibles van ligando a las personas con el entorno de cosas que les rodean, sensaciones y expectativas que muy posiblemente no van a recuperarse con la mera restitución o que incluso no van a volver nunca; todo tiene que traducirse de alguna manera en algo material y nada mejor para ello que el dinero, con el cual el sujeto agraviado puede proveerse de situaciones sustitutivas del agrado que le generaba la detentación del bien o, visto desde otro punto de vista, podría decirse que *el valor del bien es la suma de su valor intrínseco más el valor añadido que tiene para el sujeto*. Es sumamente difícil una determinación exacta de cuál sea este valor añadido, el *valor de afección*, por lo que el juzgador deberá extremar su cuidado para desentrañar las circunstancias del caso concreto moviéndose en determinaciones inmateriales y puramente subjetivas, entre un posible intento de llevar a la nada dicho valor de afección y otro de magnificar hasta el absurdo el mismo, por lo que las *normas culturales y sociales* más comúnmente asumidas serán en muchas ocasiones la única ayuda posible.

La indemnización de perjuicios

Reiteramos los comentarios anteriores sobre las dificultades para deslindar esta categoría de la reparación del daño mediante la entrega de una cantidad de dinero.

Entre las distintas teorías dedicadas a definir cuál pueda ser la diferencia entre el daño y el perjuicio (nótese que en el lenguaje vulgar prácticamente se confunden pero el

Código los separa en supuestos distintos), nos decantamos, por su claridad, por *considerar al daño como el daño emergente, mientras que el perjuicio sería el lucro cesante*.

El *daño emergente* es el que ya se ha producido en el momento de dictarse la sentencia o es previsible que se produzca en el futuro porque los hechos enjuiciados como delictivos son los que lo generarán necesariamente. El *lucro cesante* se identifica con el beneficio futuro que ya no va a producirse como consecuencia del delito, resultando que dicho beneficio se iba a producir *de forma segura o bien en el marco de una hipótesis racional*.

Los perjuicios se delimitan desde dos ámbitos: el objetivo y el personal.

Desde el primer punto de vista, hay que hablar de *perjuicios materiales y morales*. El *daño moral* puede considerarse como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que producen en la persona ciertas conductas, actividades o resultados que, o afectan directamente a bienes materiales, o a la personalidad del sujeto; no se pretende aquí una reintegración patrimonial sino compensar el sufrimiento causado. Mientras que es preciso justificar la existencia de los perjuicios materiales inferidos y su cuantía, hay daños morales que van embebidos en el propio hecho delictivo y basta que éste se produzca y castigue para que deban apreciarse.

461

Desde otro ámbito, los perjuicios pueden irrogarse tanto al *agraviado como a sus familiares o a un tercero*. Es sumamente difícil establecer reglas generales, tanto porque las distintas especies delictivas afectan de forma diversa a la víctima, sus familiares y su entorno como porque cada persona define su entorno familiar y extrafamiliar de forma diferente, de manera que incluso una misma figura delictiva puede tener consecuencias más o menos extensas sobre el entorno de la víctima.

El primer acreedor de la eventual indemnización es el sujeto pasivo del delito y la regla general es que la indemnización que a él le corresponde cubre también los perjuicios que el delito pueda haber causado a sus familiares, lo cual puede tener sus excepciones si estos acreditan la existencia de perjuicios propios no cubiertos por dicha indemnización; de la misma forma, no el mero hecho de la relación familiar da derecho a la indemnización sino que ello es tan sólo un principio que hace presuponer la existencia del perjuicio, no obstante lo cual puede excepcionarse en contrario (p.ej. por ruptura real de la afección familiar), al tiempo que las distintas posiciones familiares han de ser tratadas de forma diferenciada pues no necesariamente todos los sujetos igualmente ubicados han tenido que soportar en su persona el perjuicio con la misma intensidad.

Al mero hecho del parentesco hay que añadir pues otros datos como la convivencia, dependencia económica o similares.

Es especialmente relevante la distinción que se hace entre *herederos y perjudicados*, sin que los primeros lo sean necesariamente por tal condición, siendo preciso que de las relaciones concretas de cada caso se deduzca que el delito les ha perjudicado, así como en qué concepto y calidad: la indemnización no se hereda, sino que se recibe por el daño sufrido, es decir, se recibe *por derecho propio*.

Lo mismo puede predicarse respecto a esos genéricos terceros, con la lógica apostilla de que aquí deberá exacerbarse la exigencia probatoria de que hay un nexo causal entre el delito y el perjuicio.

Los *criterios que enumera el Código para la determinación del importe de los perjuicios* resultan sumamente equívocos, ya que hace referencia a tres factores: la entidad del perjuicio, las necesidades de la víctima y el beneficio obtenido por la comisión del delito; a su vez las necesidades de la víctima se harán depender de su actividad, estado y aptitud laboral.

462 No podemos decir que la enumeración sea exhaustiva, si bien la utilización de conceptos tan genéricos como los empleados para definir los dos primeros factores permite una interpretación sumamente amplia.

Hay que decir que tales factores pueden definir adecuadamente el marco de la cuantificación cuando el sujeto a indemnizar es la víctima del delito, pero no sucede lo mismo cuando se trata de los familiares o terceros, ya que, obviamente, las necesidades que la víctima tuviera no tienen nada que ver con el perjuicio que a ellos se les haya causado; posiblemente sólo se trate de una imprecisión terminológica. Sin embargo, algo más difícil de entender resulta la referencia al *beneficio obtenido por el sujeto activo del delito*; parece traslucirse un principio de proporcionalidad a fin de que la persona condenada responda en este aspecto en relación con el lucro económico o moral que le haya reportado el delito, mas ello en absoluto sirve para responder con justicia a todo tipo de situaciones, toda vez que no es nada descartable que pequeños beneficios personales puedan irrogar grandes perjuicios (p.ej. piénsese en los delitos de daños, donde para nada puede beneficiarse el autor, mientras que la víctima se ve sometida al perjuicio, debiendo ser reintegrada en su plenitud, con independencia de lo que apunta este factor). Por ello creemos que sólo en supuestos muy limitados la consideración de este factor tendrá auténtica eficacia, lo que nos lleva a *considerar la enumeración que se hace como no omnicomprendensiva y generalizadora, necesitada de adaptarse al caso concreto*.

CAPÍTULO II

DE LAS PERSONAS QUE INCURREN EN
RESPONSABILIDAD CIVIL

116

RESPONSABLES DIRECTOS

Toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, si del hecho se derivan daños o perjuicios, ya sean éstos de carácter moral o material.

Las empresas que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias como consecuencia de un hecho previsto en la ley penal, serán responsables civilmente hasta el límite de la indemnización legalmente establecido o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

463

La existencia de responsabilidad civil exige que una sentencia dictada en un proceso penal declare la comisión de un delito o falta y que de ese delito o falta deriven daños y perjuicios, si bien, como se verá, también dimana responsabilidad civil para personas que no son responsables criminales.

El segundo párrafo del precepto se refiere sin duda a los *aseguradores*, responsables civiles en virtud del contrato concertado, por lo que será necesario completar con la normativa civil y mercantil específica de esa rama de la actividad la disciplina de la cuestión, de ahí la remisión que el propio precepto hace al marco legal o convencional de la relación jurídica presente en cada caso concreto, lo que lleva a que esa responsabilidad no sea ilimitada, sino definida por tales aspectos, de manera que el proceso penal se convierte en marco adecuado para el debate sobre el *alcance legal o convencional de la cobertura del asegurador*.

Será pues imprescindible que el asegurador haya asumido el riesgo de abonar las responsabilidades pecuniarias de un delito o falta que provoque daños, excluyéndose las coberturas por riesgos que tengan un origen distinto.

117

OTROS RESPONSABLES

La exención de responsabilidad penal declarada conforme a los números 3, 4, y 5 del artículo 27 de este Código, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las siguientes reglas:

1) En los casos del número 3 será civilmente responsable la persona en cuyo favor fue precavido el mal, en proporción del beneficio recibido. Si tal proporción no es determinable, el juez o tribunal la establecerá prudencialmente;

2) En los casos del número 4, son responsables civiles subsidiarios, los que tengan a los autores o partícipes bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que exista de su parte culpa o negligencia; y,

3) En los casos del número 5, el que haya causado la situación de no exigibilidad y, en su defecto, el que hubiere ejecutado el hecho.

464

La responsabilidad civil no surge tanto del delito como de un acto injusto contemplado por la ley, con independencia de que se atribuya a un sujeto imputable; esto último sólo incide sobre la existencia o no de una reacción punitiva y sobre la necesidad de adoptar alguna medida de seguridad sobre el sujeto.

Siendo obvio que la responsabilidad criminal subsiste, cuando se trata de eximentes incompletas, porque persiste la pena, tan sólo minorada en su determinación, el tema se centra cuando se aprecia en la comisión de los hechos una eximente completa, debiendo aquí distinguirse entre causas de justificación y causas de exclusión de la responsabilidad penal. En el supuesto de las causas de justificación (cumplimiento de un deber legal o ejercicio legítimo de un derecho o una actividad lícita y legítima defensa), no existe ni responsabilidad penal ni responsabilidad civil, pero ésta última se mantiene en las causas de exclusión, dedicándose el precepto que comentamos a regular la forma en que se produce esa responsabilidad y las personas llamadas a asumirla.

Responsabilidad civil en el estado de necesidad

Hemos de recordar ahora que el estado de necesidad surge de la existencia de un *conflicto de bienes* en el que una de las partes, con aquiescencia del derecho, ha

debido soportar la pérdida o deterioro del bien propio, situación que, exenta de reproche penal, no tiene por qué estar amparada por la exención de consecuencias civiles, toda vez que se ha instaurado una situación de beneficio para un sujeto y de perjuicio para otro, sin que éste último deba soportarlo más allá de justificar la irrelevancia penal de la actuación de quien obrara contra su interés. La situación planteada nos muestra que *quien ha actuado en esas circunstancias y el beneficiario del conflicto pueden no ser la misma persona*, que los beneficiarios de la actuación dañosa para otro pueden ser varios y en distinta medida y que, en la práctica, pueden ser muchos los problemas a la hora de determinar tanto la imputación personal del beneficio como su cuantificación.

Tales premisas nos llevan a comprender adecuadamente la solución legislativa sobre la imputación de la responsabilidad civil, la cual se concreta en *trasladar la carga de la misma exclusivamente a los beneficiarios de la situación de conflicto*, quienes salvaron su bien a costa del ajeno, *excluyendo a quienes obraron destruyendo o menoscabando el bien ajeno para que ello permitiera, no el beneficio propio, sino el de otros*, que serán los que ahora habrán de asumir la carga civil de la situación. Con criterio de justicia, para determinar la medida de su responsabilidad, se invoca que el sujeto responsable lo sea *en la medida en que se benefició de la situación*, no obstante lo cual el Código acaba reconociendo las dificultades prácticas a las que en el párrafo anterior nos referíamos, remitiéndose finalmente al *prudencial criterio judicial* para resolver los supuestos problemáticos.

465

Responsabilidad civil en los casos de ausencia de comprensión o de autodeterminación

Se mantiene la *responsabilidad civil directa del autor o partícipe inimputable* y se sitúa a *quienes ejercen su potestad o guarda legal o de hecho* en un plano subordinado por dos circunstancias:

- Es imprescindible que haya *mediado culpa o negligencia* en el ejercicio de su función y *que ello esté directamente relacionado con el hecho delictivo cometido por el inimputable*, aclarándose que nos encontramos ante una culpa o negligencia medidas en términos civiles y no de imprudencia penalmente relevante, pues en tal caso la responsabilidad del sujeto sería propia y no por acto de terceros.
- Solventado el requisito anterior, su responsabilidad sería *subsidiaria*, en defecto pues del intento de sanación de la misma con el patrimonio de los inimputables.

Responsabilidad en el caso de inexigibilidad de una conducta distinta

Cuando el sujeto actuante se sitúa en esta situación en que se ve abocado a obrar como lo hizo (p.ej. pensemos gráficamente en una situación de miedo insuperable) ello tiene siempre una causa exterior que lo determina, causa que puede surgir de la actuación de una persona o de un suceso natural; si es una actuación personal la determinante, ese sujeto puede incluso ser tenido como partícipe del delito en condición de inductor, respondiendo él criminalmente, al tiempo que el actuante obra amparado por una causa de exclusión de la responsabilidad penal.

El sistema de solución de la responsabilidad civil hace llamamiento primero a que ésta sea *asumida por el generador de la situación de no exigibilidad*, con un llamamiento subsidiario a quien obró directamente inducido por tales circunstancias.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

466

Si la responsabilidad penal, hace derivar la responsabilidad civil, como regla general, el precepto entra a considerar situaciones extraordinarias, en las cuales la exención de la responsabilidad penal no excluye la responsabilidad civil, el punto ha sido suficientemente abordado, empero pueden señalarse algunas cuestiones: a) una opción crítica, evaluaría el por que no, de la inclusión de otras causas que excluyen la responsabilidad penal, por cuanto no sólo se trata de excluir las causas justificantes, puesto que el estado de necesidad justificante es por antonomasia una de las causas de justificación; por ejemplo el ejercicio de una actividad lícita aunque no depare responsabilidad penal, puede importar para quien lo ejerce responsabilidad civil si la misma es atribuible conforme a los principios de imputación del ámbito civil; por demás esta decir, que sobre la consideración de algunas excluyentes, son causas que excluyen la responsabilidad penal a nivel de antijuridicidad o de tipicidad, es una cuestión debatida en la dogmática.

b) Señalar que el código acepta el modelo por el cual la responsabilidad se deriva para ciertos supuestos ya del hecho típico, sin que concurra injusto penal; por cuanto se acepta que el estado de necesidad justificante, genere responsabilidad civil.

c) Indicar respecto del estado de necesidad, que el fundamento de no exclusión de la responsabilidad civil, se deriva de la prohibición del enriquecimiento sin causa, por cuanto la víctima afectada por la conducta justificada, no tiene por que soportar el daño que le irroga; de ahí que quien se beneficie puede ser sujeto de la imputación, lo cual tiene sus propios cuestionamientos respecto a los límites de la autonomía de la voluntad de la persona, por cuanto, puede suceder que el beneficiario por el ejercicio del estado

de necesidad, este completamente desvinculado de la situación de necesidad. Es importante que la connotación que se le da a la persona obligada por el título de imputación es la de ser civilmente responsable.

d) El precepto determina en este caso a la persona que se encuentra obligada responsable civil subsidiario respecto de la persona que ha padecido la situación de inimputabilidad, la cual únicamente presenta dudas cuando se trata de una grave perturbación de la conciencia dada las características especiales de este tipo de trastorno, por lo cual se hace difícil la imputación respecto de quien tiene la guarda o el cuidado, por lo difícil de la convergencia de ambas situaciones.

e) Sólo indicar que el precepto incluía todos los casos de no exigibilidad de otra conducta, pero con la inclusión específica de la colisión de deberes, esta ha quedado excluida del precepto, lo cual si representa problemas en el ámbito del derecho penal por la tutela del principio de legalidad y la prohibición de aplicación analógica de la ley penal.

CAPÍTULO III

DE LAS FORMAS DE CUMPLIR CON LA
RESPONSABILIDAD CIVIL

118

RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA

La responsabilidad civil derivada de un delito o falta, tendrá carácter solidario entre los declarados penalmente responsables como autores o partícipes.

No obstante lo anterior y a los efectos internos de la relación de solidaridad, en el caso de ser dos o más los penalmente responsables de un delito o falta, el juez o tribunal fijará la cuota por la que deba responder civilmente cada uno de ellos en proporción a su contribución al resultado.

468

No plantea especial problema el supuesto de que el responsable penal sea una sola persona, pero no ocurre lo mismo cuando nos encontramos con una *pluralidad de sujetos como autores y partícipes de la secuencia delictiva*, en los términos previstos en el capítulo IV del título II. En el primer caso, el responsable asume en su integridad los daños y perjuicios causados, mientras que en el segundo caso la solución que el Código adopta es la de una *atribución por cuotas de esa responsabilidad bajo un régimen de solidaridad entre los distintos partícipes*.

La solución es netamente favorable para el perjudicado, para quien *cualquiera de los partícipes responde por el todo*, por lo que la responsabilidad civil puede hacerse efectiva en su integridad sobre aquél que presente mejores posibilidades patrimoniales, siendo ya problema del ejecutado el exigir de los demás partícipes la cuota que a cada uno corresponda; frente a él, en su relación con los demás partícipes, ya no existe esa situación de solidaridad que existía respecto al perjudicado, de modo que sólo podrá reclamar de los copartícipes la cuota asignada a cada uno en la sentencia, sin perjuicio de cómo todos ellos deban responder frente a éste por la insolvencia de alguno: para ello hacemos una completa remisión a la regulación civil de la responsabilidad solidaria (arts. 1.382 a 1.394 del Código Civil), siendo ésta cuestión que no va a afectar a la ejecución de la sentencia penal, sólo preocupada por la satisfacción al perjudicado.

No tiene relevancia efectiva el hecho de que se considere la eventual existencia de otras personas partícipes en los hechos respecto a los que, o bien se desconoce su identidad o bien no han sido objeto de la sentencia (p.ej. por estar declaradas rebeldes). Lo que importa en este caso es lo que se declare en la sentencia, como título constitutivo de la obligación de indemnizar, por lo que la eventual existencia futura de otras personas declaradas penalmente responsables por los mismos hechos sólo tendrá eficacia en cuanto que el perjudicado insatisfecho tendrá nuevas posibilidades de reclamar, sin perjuicio de que las posibilidades de reparto y reclamación interna entre los partícipes se amplíen para ellos sin afectar negativamente al perjudicado.

La *determinación interna de tales cuotas* es labor que la ley encomienda al sentenciador según su arbitrio con la única guía de que ello sea *proporcional a la contribución del sujeto al resultado*, para lo cual deberemos acudir a la forma en que el capítulo IV antes invocado concibe la contribución de una pluralidad de sujetos a la producción de un resultado, distinguiendo, de entrada, una línea divisoria entre autores y cómplices y, dentro de los primeros, la instigación y la autoría; desde esas pautas generales, será cada caso concreto el que valore la incidencia de la contribución material e intelectual de cada persona en la producción del resultado.

El precepto tiene su correlación en el *art. 451 del Código Procesal Penal* sobre distribución de costas.

469

119

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

La responsabilidad civil subsidiaria tendrá la misma extensión que la del responsable principal en cuyo defecto sea exigible.

La responsabilidad civil subsidiaria puede ser común o especial, según sea la naturaleza de la persona que resulta obligada por la ley a responder por otro.

Con carácter general podemos decir que en los supuestos de responsabilidad civil subsidiaria no es preciso que la relación entre el responsable penal y el civil llamado de esta forma esté revestida por un determinado carácter jurídico, sino que *basta un mero vínculo de hecho* por el cual, o bien el responsable penal se halla bajo cualquier tipo de *dependencia* respecto al responsable civil, o bien aquél obra con su *consentimiento*,

sin que sea imprescindible que la actuación del responsable penal suponga un beneficio para el responsable civil subsidiario, sino que basta que la misma esté *potencialmente sometida a una cierta intervención del mismo*, pero siempre con el límite de que la conducta delictiva generadora de la responsabilidad se circunscriba al ejercicio de las funciones o *tareas confiadas al infractor por el responsable civil subsidiario o las que a ambos les ligan* en la forma descrita.

De una forma u otra, estas bases generales están presentes en cada uno de los supuestos específicos que se desarrollan en los siguientes artículos.

En lo que se refiere a su extensión, la dicción del primer párrafo del precepto es clara en cuanto a la *similitud de la extensión de la responsabilidad civil del principal y del subsidiario*.

120

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA COMÚN

470

La responsabilidad civil subsidiaria es común, cuando el que responde por los daños y perjuicios provenientes del hecho punible cometido por el inculcado, es una persona natural.

Responden civilmente las personas naturales dueñas de empresas o establecimientos en que se cometió un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes o cualquier trabajador a su servicio o cuando el hecho suceda fuera de él, pero en razón de una actividad laboral.

El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado al resarcimiento hasta la cuantía de su participación.

El precepto recoge dos supuestos de responsabilidad subsidiaria.

Responsabilidad del empresario individual

Se recogen dos supuestos en los que la responsabilidad corresponde al *empresario individual* en razón a actos penalmente relevantes llevados a cabo por los *gestores o trabajadores al servicio de su empresa*, englobándose bajo el tronco común de que la

actuación de estos últimos se haya llevado a cabo *por razón de su actividad laboral* dos supuestos distintos: que el acto penalmente relevante haya acaecido *en el establecimiento o empresa* o que haya sucedido *fuera de ella pero en el curso de acciones relacionadas con dicha actividad dependiente*.

El delito ha de encuadrarse en el *ejercicio normal o anormal* (es decir, con desvío o extralimitación de la misión delegada, pero sin resultar ajena a la función laboral) de las funciones encomendadas al infractor, ligado por una *relación jurídica o de hecho* que determine su dependencia con el responsable civil, presupuesto imprescindible y suficiente para que se dé la invocada responsabilidad, que prácticamente se objetiva hasta encontrar su razón de ser en una *culpa por la elección*, en la *potencial vigilancia o intervención que por su posición atañe al responsable civil subsidiario*. De esta manera, puede decirse que la responsabilidad del principal sólo decae si el ilícito penal perpetrado se sitúa absolutamente fuera de la esfera de su cometido, ajeno al desempeño de las obligaciones o servicios puestos a su cargo.

La parquedad de requisitos con que el precepto define esta responsabilidad hace que se produzca *aunque no esté presente una negligencia por parte del empresario o una deficiencia estructural en su organización*.

471

La mayor o menor *extensión de esta responsabilidad* estará en función del fundamento que se utilice para determinar los criterios por los que responden del hecho delictivo personas o entidades extraños a su realización. Una primera posibilidad funda la responsabilidad en un *defecto en la vigilancia* de las personas subordinadas o *en la elección* de las mismas, mas la doctrina científica y la evolución legislativa de nuestro ámbito de cultura jurídica admiten cada vez más la idea de que si la actividad se realiza en *beneficio* del principal, también éste debe asumir los perjuicios inherentes a ello, lo que tiene incluso una más moderna formulación en la que se ha conocido como “*teoría del riesgo*”, por la que el empresario ha de asumir los daños que para terceros supone su actividad.

Responsabilidad por lucro

El supuesto se refiere a personas que *no han sido condenadas por un delito de receptación ni han participado en forma alguna en el delito de que se trata*, pero han obtenido un beneficio del mismo.

La adquisición a título lucrativo abarca en este caso tanto la *recepción de un bien por título gratuito* como el *abono por el mismo de un precio que ulteriormente le va a permitir al sujeto obtener unos beneficios superiores a los normales*.

Se trata de personas que, de hecho, no son responsables civiles por el delito cometido, pero están obligados a dar alguna satisfacción al perjudicado por el delito. No son responsables civiles, pero pueden ser compelidos a cumplir una obligación civil como es la de restituir.

Estas personas, ajenas a cualquier responsabilidad criminal por no desempeñar ningún tipo de autoría o participación, se aprovechan del rendimiento material de un delito a través de los productos que genera, siendo estos valorables y susceptibles, bien de restitución, bien de resarcimiento.

La *obligación de restituir* que el precepto declara no surge por tanto del delito, del que se encuentran completamente desvinculados, sino del hecho de que la causa de su adquisición es ilícita y la consecuencia de ello es que deben proceder a la restitución, sin perjuicio del posible derecho de reclamación.

La responsabilidad obliga por tanto en principio a la *restitución* salvo que la cosa esté en manos de adquirente en situación de irreivindicabilidad jurídicamente amparada; sólo si la restitución no es posible, el sujeto está obligado al *resarcimiento a través de la indemnización*, cuya cuantía no se extiende a la totalidad de los daños causados por el delito (pensemos de nuevo que el sujeto no es responsable civil del delito) sino que *se limita al beneficio obtenido* por el mismo.

121

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA ESPECIAL

La responsabilidad civil subsidiaria es especial, cuando el que responde por los daños y perjuicios provenientes del hecho punible cometido por el imputado, es una persona jurídica, o, en su caso, se trate del Estado o cualquiera de sus entes autónomos.

En el primer caso, resultan obligados subsidiariamente:

- 1) Las personas jurídicas dueñas de empresas o establecimientos en que se cometió un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes o cualquier trabajador a su servicio o cuando el hecho se suceda fuera de él, pero en razón de una actividad laboral;
- 2) Las personas jurídicas cuyos gerentes, administradores o personeros legales, resulten responsables de los hechos punibles; y,
- 3) Los que señalen las leyes especiales.

473

En el segundo caso, resulta obligado subsidiariamente el Estado, por los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus funcionarios o empleados con motivo del desempeño de sus cargos; de igual manera responderán las instituciones públicas autónomas y las municipalidades cuando así expresamente lo ordene la ley.

El primer supuesto recogido en el precepto no es más que una traslación de la responsabilidad empresarial a que hacíamos referencia en el artículo anterior, con la única particularidad de que en este caso la empresa se personifica en una persona jurídica y no en una persona natural.

Entre los números 1 y 2 del precepto hay en realidad muy pocas diferencias, pudiendo afirmar que la base de la responsabilidad es prácticamente la misma. Si en el número primero se alude a una serie de personas en las que lo más característico es su actuación dependiente de la persona jurídica que detenta la empresa o establecimiento, *dependencia que tiene como marco un comportamiento que se da en función de la actividad laboral desempeñada en o para el establecimiento o empresa*, en el número

segundo se utiliza una terminología prácticamente similar a la que trae a colación el *art. 38 del Código respecto a la actuación en nombre de otro* y la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica en tal tipo de comportamientos. El mayor hincapié se hace en la *representación que se ostenta respecto a la persona jurídica o al hecho de que cuando el sujeto actúa lo está haciendo personificando en sus actos a la propia persona jurídica*, por lo que aquí si acaso se acentúa el hecho de que la actuación del sujeto responsable criminalmente se da *en el marco de las relaciones que a él le ligan con la persona jurídica, bien instrumentándolas para sus fines criminales, bien con notorio abuso de ellas*.

El hecho de que la persona jurídica funcione en la sociedad a través de unas personas físicas que conforman su voluntad, ejecutan la misma o se aprovechan de su existencia en el tráfico jurídico, desplaza al patrimonio separado de la misma la responsabilidad de los actos de tales personas, lo que tiene su fundamento, bien en el hecho de que la misma persona jurídica es meramente un *instrumento que los delincuentes utilizan para enmascarar o facilitar su comportamiento o eludir las consecuencias patrimoniales del mismo*, bien porque se ha dado una *defectuosidad en la elección de los miembros que la personifican o en el control de los actos de estos*. Cualquiera de los razonamientos que hacíamos en el último párrafo del apartado que en el artículo anterior dedicábamos a la responsabilidad del empresario individual puede tener aquí razón de ser.

474

El problema práctico que se puede presentar en estos casos es que la autoridad judicial, para acceder al patrimonio de las personas jurídicas sobre las que se esté ejecutando la responsabilidad civil, podrá verse obligada a sustituir con su imperio los mecanismos de formación y declaración de voluntad de tales personas jurídicas, toda vez que las personas habilitadas para ello serán precisamente los condenados, en absoluto colaboradores.

Responsabilidad civil subsidiaria del Estado, instituciones públicas autónomas y municipalidades

La Administración del Estado y las instituciones públicas autónomas conviven en la gestión de los intereses colectivos con las municipalidades, a las que está encomendado el gobierno local, regido por los consejos municipales y todos con un número de funcionarios y empleados a su servicio.

Estado, instituciones públicas autónomas y municipalidades personifican su actuación a través de quienes están al frente de sus respectivos órganos, autoridades, funcionarios, empleados públicos y municipales y agentes de la autoridad -enumerados con mejor o peor éxito en el *art. 39 del Código*-, quienes, en el ejercicio de su función o con ocasión

de la misma, pueden llevar a cabo comportamientos penalmente relevantes. Aunque el art. 245 de la Constitución declara que “los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en la Constitución”, por muy genérica que la misma sea, así como los derechos que consagra, puede decirse con todo rigor que la extensión de dicha responsabilidad subsidiaria se extiende a los *actos llevados a cabo por estas personas en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, con motivo del funcionamiento normal o anormal de la Administración para la que actúan.*

La referencia a “*actos llevados a cabo con motivo del desempeño de sus cargos*” permite incluir tanto delitos como faltas, delitos dolosos y delitos culposos, pero sin duda la mayor dificultad interpretativa está en el alcance material que tenga en la práctica el que el acto sea llevado a cabo con motivo del desempeño del cargo, lo cual cobra especial importancia en supuestos fronterizos. Una postura restrictiva vendría a afirmar la irresponsabilidad cuando el hecho se hubiera producido fuera de servicio, mas ha de contemplarse la realidad de que ciertos funcionarios -en concreto, *quienes ejercen funciones públicas de seguridad y están autorizados para el porte de armas*- tienen encomendada una especial responsabilidad -y con ello la Administración que les respalda- y resulta especialmente oneroso o peligroso un ejercicio desviado o extemporáneo de su función, por lo que podría decirse que en este caso la vinculación de la Administración con la actividad del sujeto se exagera, *crece su responsabilidad por la elección del sujeto o por el riesgo que la abstracta existencia de una persona en sus circunstancias supone*, aunque ello sea, por regla general, un beneficio para la colectividad en los casos de normal ejercicio de la función: esta construcción llevaría a afirmar para estos supuestos una responsabilidad subsidiaria de la Administración *en todo caso*, respondiendo frente a la ciudadanía por cualquier abuso o exceso del sujeto, incluso fuera del puntual ejercicio de su función.

475

La Administración, cualquiera que sea su personificación, no dista en realidad mucho de lo que pueda ser una persona jurídica y, en principio, resulta obvio, que el delito no es nunca uno de sus fines, pero la defectuosidad con la que las personas gestionan sus intereses y cumplen sus fines o el expreso aprovechamiento que de su estructura algunos hacen para el logro de fines abyectos penalmente relevantes denotan que *sus estructuras no han actuado como es debido para evitar el menoscabo de bienes jurídicos ajenos penalmente protegidos*, lo que prácticamente lleva a la conclusión de objetivar en algunos casos esta responsabilidad subsidiaria. Lo anterior surge de la premisa de que el Estado (y las otras formas administrativas) cuando organiza actividades o servicios, lucrativos o no, debe responder de todas las consecuencias dañosas que de sus agentes o dependientes se deriven, siendo obvio que cuando los hechos trascienden

al ámbito penal nos encontramos ante una extralimitación en el comportamiento del sujeto.

En supuestos más sencillos, la delimitación espacial, temporal e instrumental con la que el empleado o funcionario ejerce su función podrán ser criterios útiles para la solución de supuestos dudosos.

JURISPRUDENCIA.

476 “Esta Sala cita lo resuelto por la Sala de lo Constitucional en el amparo promovido por el Abogado () en su calidad de Apoderado General Judicial de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa denominada también CEL, en donde estableció de manera categórica la responsabilidad de la autónoma respecto, al pago de la responsabilidad civil a que se le condenó. La sentencia de la Sala de lo Constitucional, en la parte pertinente literalmente dice: “La actividad del Estado lleva consigo una inevitable y constante creación de riesgos que es preciso evitar que incidan sobre un patrimonio particular amparándose en un injustificado privilegio de exoneración. Es a cubrir los eventuales daños que se produzcan en su gestión que tiende la responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado. Dicha responsabilidad encuentra su fundamento en lo dispuesto por el artículo 245 de la Constitución, que a la letra reza: “Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución”. A partir de tal disposición se perfila la posibilidad de respuesta por parte del Estado frente al daño producido en el patrimonio de un particular por actuaciones de sus funcionarios o empleados, claro está, en forma subsidiaria. No obstante la disposición constitucional citada se refiere a la posibilidad del Estado de responder frente a la producción de daños materiales o morales derivados de violaciones a derechos constitucionales, el contenido de la misma no debe ser interpretado en forma restrictiva, en el sentido de considerar al Estado – en su carácter de ente de centralización administrativa – como único obligado a afrontar dicha carga, ya que al confiar la realización de algunas de sus actividades administrativas a órganos a los que se les reconoce una personalidad jurídica, un patrimonio propio y un poder de decisión – entre ellos las instituciones oficiales autónomas –, éstos actúan como organizaciones administrativas del mismo Estado, el cual constituye un centro primario respecto de aquéllas en un sistema compuesto con relaciones de carácter externo. En ese sentido, debe precisarse que las instituciones oficiales autónomas – por ser las que atañen al caso en estudio – son creadas con el objeto de satisfacer algunas necesidades de orden general que el Estado está obligado a cubrir, pero que, por requerir de personal y procedimientos técnicos especializados debe separarlas de su seno y conferirles a organismos constituidos por particulares que cuentan con la preparación

técnica necesaria y suficiente para garantizar su eficaz funcionamiento. Para ello el Estado les provee de patrimonios especiales, los cuales, si bien constituyen bienes propios de las instituciones autónomas, provienen todos del fondo estatal. Lo anterior implica que lo dispuesto en el artículo 245 de la Constitución no es de aplicación exclusiva al Estado, ya que habiéndose determinado que las instituciones oficiales autónomas constituyen estructuras administrativas de la organización estatal con patrimonio propio, es viable que la responsabilidad a la que se refiere la mencionada disposición constitucional sea también exigible a tales instituciones. Dicha exigibilidad supone la necesaria concurrencia de tres elementos, a saber: (i) la producción de un daño de carácter material o moral que afecte la esfera jurídica de un gobernado - el cual requiere para su materialización que sea susceptible de ser patrimonialmente evaluable-, (ii) que la persona sobre la que recaiga el menoscabo no tenga el deber jurídico de soportarlo, y (iii) que el acto o la omisión sea imputable a un servidor público. (i) Partiendo de una estrecha interdependencia de las relaciones sociales que refuerza inevitablemente los lazos de solidaridad en el seno de la colectividad, debe señalarse que la responsabilidad civil subsidiaria de las instituciones oficiales autónomas debe ser vista desde una perspectiva objetiva. Lo anterior deja al margen cualquier planteamiento subjetivista basado en la culpa individual del funcionario o empleado que produce materialmente el daño, situando así el centro de atención en la persona de la víctima, a la que la comunidad no puede dejar desamparada en aquellos casos en que el daño sufrido derive del desarrollo de actividades y del funcionamiento de servicios públicos de los que la comunidad misma es beneficiaria. Respecto de lo anterior debe precisarse que toda negligencia, error u omisión en el desempeño de las actividades de los funcionarios y empleados públicos están necesariamente vinculadas con su cargo, lo que genera un deber de reparación para las instituciones oficiales autónomas como responsables del servicio de que se trate, mismo que habrá de ser subsidiario frente a la insolvencia del funcionario o empleado entre otros supuestos- en virtud de cuya actuación fueron ocasionados los daños, los que para que sean imputables a dichas instituciones, además de ser producidos por personas situadas bajo su autoridad o por objetos colocados bajo su guarda, deben tener un nexo causal directo con la actividad de la institución oficial autónoma imputable. Con base en lo anterior, puede afirmarse que el fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria de las instituciones oficiales autónomas constituye un mecanismo básicamente objetivo de reparación, que sólo opera en la medida en que se haya producido un daño patrimonial o moral como consecuencia de violaciones a derechos consagrados en la Constitución, conclusiones que deberán generarse por acciones u omisiones reflejadas en las actuaciones de funcionarios o empleados públicos -expresado en un término genérico, de los servidores públicos que les sean imputables. (ii) Siguiendo el orden expuesto debe señalarse, que la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial subsidiaria de las instituciones oficiales autónomas no se formula como un simple sistema de cobertura de los daños

causados por los actos ilícitos de los servidores públicos que laboren para tales instituciones, sino también de los daños producidos por una actividad perfectamente lícita cuando la persona que, sufrido el menoscabo, no ha tenido el deber jurídico de soportarlo. Dicho en otros términos, el fundamento constitucional de la responsabilidad civil subsidiaria de las instituciones oficiales autónomas lo constituye la protección y garantía del patrimonio de la víctima cuya presentación se pretende frente a todo daño no buscado, no querido ni merecido por la persona que resulte lesionada de la actuación de las entidades en comento. Así, la responsabilidad subsidiaria de las instituciones oficiales autónomas tiende a cubrir toda lesión sufrida por los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, al margen de cuál sea el grado de voluntariedad e incluso de previsión del servidor público. Lo anterior implica que debe prescindirse en absoluto de la licitud o ilicitud del acto originado del daño resarcible, lo cual supone la inclusión dentro del ámbito de la cobertura patrimonial dispuesta por el artículo 245 de la Constitución, de los daños causados involuntariamente o, al menos, con una voluntad incidental no directamente dirigida a producirlos. Y es que basta la producción de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto de una persona o un grupo de personas para que opere la obligación de las instituciones oficiales autónomas de responder civilmente en forma subsidiaria, ya que como se señaló, no se precisa de otro requisito más que la relación de causalidad entre el acto y el daño a un patrimonio privado que es preciso reparar. (Casación, 23-05-03)”

478

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Señalar que la alusión de la persona jurídica en este caso como lo ha puesto de relieve el comentarista original, tiene su fundamento en la cláusula de actuar por otro, formula intermedia para imputar responsabilidad a las personas jurídicas. En cuanto a la responsabilidad del Estado por las actuaciones de sus funcionarios, sólo criticar la admisión de una responsabilidad subsidiaria, que se opone a una visión antropocéntrica de la efectiva tutela de los bienes jurídicos y derechos de la víctima.

122

TRANSMISIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

La obligación de la reparación civil recae sobre la sucesión del deudor y grava los bienes sucesorales, transmitiendo la misma a sus herederos en cuanto a los bienes heredados; y el derecho de exigirla lo tendrán los herederos del ofendido, si éste hubiere fallecido.

El procedimiento penal culmina con la sentencia condenatoria, una de cuyas declaraciones es, eventualmente, una obligación civil. Para supuestos de normalidad, en el momento de emitirse dicho título obligacional la situación cuenta con un obligado, el condenado, y un acreedor, el beneficiario de la declaración obligatoria.

Las responsabilidades civiles no tienen, a diferencia de las criminales, un carácter estrictamente personal.

El precepto se refiere a supuestos en los que se produce una transmisión personal de la relación obligatoria.

479

En el primer caso, hay una *transmisión en cuanto a la persona del deudor*. La premisa es *el fallecimiento del condenado*, una vez que se ha producido la sentencia definitiva, teniendo un tratamiento especial el caso de que ello suceda con anterioridad.

Declarada pues la obligación civil a través de la sentencia definitiva, desde ese mismo momento ello grava el patrimonio del condenado, al cual pueden acceder sus herederos si éste fallece, pero subrogándose en las expectativas jurídicas que se cernían sobre el mismo, tanto respecto a verse acrecentado con el cobro de créditos como respecto a verse disminuido con la satisfacción de obligaciones, una de las cuales es la obligación civil insatisfecha declarada en el procedimiento penal, de ahí que los herederos, con cargo al patrimonio heredado, asumen la parte pasiva de una obligación en la que, en principio ellos no estaban integrados.

Caso especial es el del *sobreseimiento definitivo*, definido en sus términos en el art. 308 del Código Procesal Penal, que puede tener lugar (inciso cuarto) cuando se ha extinguido la responsabilidad penal, lo cual puede acaecer (arts 96 y 98 del Código Penal) por la muerte del reo. En tal caso no se extingue la acción civil (art. 45 del Código Procesal Penal), por lo que el juez, antes de proceder a dictar el correspondiente

auto, se pronunciará sobre la responsabilidad civil (art. 46). Tal es entonces el título que declara la obligación civil, reiterándose el esquema antedicho.

En consonancia con lo anterior, el beneficiado por la declaración civil de la sentencia definitiva o auto de sobreseimiento definitivo tiene ya un derecho de crédito transmisible, siendo la muerte causa de transmisión de los créditos de su titular al no tratarse en este caso de una situación personalísima y por lo tanto no transmisible, de ahí que quienes sustituyen a la persona del acreedor, sus herederos, sean tenidos igualmente como hábiles para exigir en el procedimiento penal la obligación civil previamente declarada.

123

DERECHO DE PREFERENCIA

La obligación de indemnizar es preferente al pago de la multa y a todas las que contraiga el responsable después de cometido el delito. Y si sus bienes no fueren suficientes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas en el orden siguiente:

480

- 1) La indemnización y reparación de los daños y perjuicios;
- 2) El pago de la multa; y,
- 3) El resarcimiento de los gastos que se hubieren hecho por su cuenta en el proceso.

El precepto se refiere a dos *temas* distintos: se declara una determinada preferencia de la obligación civil consistente en la indemnización de perjuicios declarada en un proceso penal por delito, en relación con otras obligaciones civiles que puedan gravar el patrimonio del condenado y, en segundo lugar, se fija el orden de preferencia que entre sí guardan las distintas obligaciones civiles declaradas en un proceso penal en el caso de insuficiencia del patrimonio del deudor condenado para asumirlas todas en su integridad.

Se parte del *presupuesto* de que el patrimonio del deudor condenado en el momento de ir a satisfacer un conjunto de obligaciones que sobre él penden sea insuficiente para su íntegra satisfacción, ante lo que el sistema civil en general se acoge a una doble posibilidad, bien la distribución del patrimonio a prorrata entre todas las obligaciones,

bien la concesión de un determinado derecho de satisfacción preferencial de alguna obligación en relación con el patrimonio del deudor o con un bien concreto y determinado del mismo.

Lo que el precepto consagra es una declaración de *preferencia de la obligación civil de indemnizar a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por daños materiales o morales* en relación con la multa declarada también en el proceso penal, en particular, y respecto a cualesquiera obligaciones que puedan surgir con posterioridad gravando el patrimonio del deudor condenado, frente a las cuales se antepone por un mero criterio de temporalidad en atención a la máxima de que el primero en el tiempo es de mejor derecho; ello debe considerarse como una cláusula general de plena eficacia civil a tener en cuenta respecto al sistema de preferencia y prelación de créditos establecido en la legislación civil y leyes especiales de tal índole, teniendo el privilegio su razón de ser sin duda en la especial consideración que merece la onerosidad del padecimiento de un delito para su víctima o perjudicado.

La mención que en el primer inciso del precepto se hace a la subordinación del pago de la multa es sin duda una innecesaria reiteración, ya que tal se repite en el segundo inciso y la enumeración que se realiza.

481

La segunda parte del precepto contempla *que la tramitación del procedimiento penal pueda generar la eventual existencia de varias consecuencias pecuniarias respecto al patrimonio del condenado* y establece una *ordenación preferencial para la satisfacción de las mismas* en el caso de insuficiencia del patrimonio del deudor, de manera que se otorga un carácter prevalente a la indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por daños materiales o morales, ocupando un segundo lugar la ejecución de la pena de multa y un tercer lugar las costas procesales, ya que la dicción que se hace en el inciso tercero del precepto es similar al contenido del art. 447 del Código Procesal Penal.

El precepto resulta encomiable por anteponer el pago de la indemnización al pago de la multa, pues de lo contrario podrían ser los perjudicados o acreedores civiles los que en cierta medida acabarían asumiendo a su costa el pago de la pena, siendo sin duda su interés preponderante al propio del Estado, beneficiario del dinero obtenido con la ejecución de la pena pecuniaria. No podemos decir lo mismo respecto al hecho de que las costas de la acusación particular se vean relegadas al pago de la multa, toda vez que, consagrado el derecho del particular ofendido por el delito a ejercer en el procedimiento la acción penal, tanto la naturaleza de su interés como la protección de su posición patrimonial debieran haber sido considerados prioritarios respecto al derecho del Estado a ser reintegrado de la multa.

El abono voluntario de tales responsabilidades, al margen de la ejecución judicial sobre el patrimonio del condenado, lo puede hacer tanto éste como un tercero, bien en su nombre, bien en nombre propio, pero en este caso quedará clara la intención de que ello se aplique a la satisfacción de las responsabilidades de esta índole, sometiéndose al prefijado orden de prelación.

124

DERECHO DE REPETICIÓN

En todos los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria o subsidiaria, queda a salvo el derecho de repetición que conceda la ley a quien haya pagado.

482

Los preceptos anteriores que regulaban las responsabilidades solidaria y subsidiaria en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del delito suponían circunstancias en las que era una persona distinta al primer obligado penalmente quien asumía frente al perjudicado la obligación civil, desde el intento de dotar de mecanismos eficaces al cumplimiento de tales obligaciones. En consonancia con ello se declara la *facultad de repetición que incumbe al que hubiera pagado las cuotas de otros*, facultad de repetición que se ejecuta fuera del proceso penal y que tiene su título en lo que se haya actuado en la ejecutoria penal.

125

EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La extinción de la responsabilidad penal no lleva consigo la extinción de la civil, la cual se rige por las leyes civiles.

El precepto consagra la relación de *autonomía* entre la acción civil y la acción penal y sus respectivas responsabilidades declaradas, que sólo desde un punto de vista procesal pueden verse ligadas por el hecho de ejercitarse en el mismo procedimiento y tener la primera su presupuesto en la previa declaración de condena.

A tenor de lo anterior, tal autonomía tiene una obvia manifestación en el hecho de que las causas de extinción de la responsabilidad penal no operan en el mismo sentido respecto a la responsabilidad civil, de forma que, declarada ésta última como dimanante del delito, tiene una vida propia e independiente de la responsabilidad penal declarada y en ejecución, regulándose la responsabilidad civil por las leyes de tal índole y, en concreto, su extinción por las causas para ello previstas.

La responsabilidad civil puede extinguirse pues antes que lo haga la responsabilidad penal o pender una vez que aquélla se ha extinguido, quedando abierto el procedimiento a los solos efectos de lograr la íntegra satisfacción de las obligaciones declaradas.

TÍTULO VII

CONSECUENCIAS ACCESORIAS

CAPÍTULO ÚNICO

DE LA PÉRDIDA DEL PRODUCTO, DE LAS GANANCIAS Y VENTAJAS PROVENIENTES DEL HECHO Y DEL COMISO

Desde un punto de vista general, se ha venido entendiendo por *comiso la confiscación de aquello que proviene del delito o ha sido utilizado para ejecutarlo*, privándose de ello a su titular o a quien lo posee a fin de adjudicarse al Estado.

El Código distingue (a ello se corresponde cada uno de los siguientes artículos) entre el *comiso de las ganancias del delito y el de los instrumentos destinados a su ejecución*. Lo primero pretende reponer la situación patrimonial al estado que tenía con anterioridad al delito, incrementándose con ello sin duda la sanción del delincuente; lo segundo parece más bien una medida de seguridad que tiende a evitar la reutilización de efectos con potencial criminógeno.

126

DE LA PÉRDIDA DEL PRODUCTO DE LAS GANANCIAS PROVENIENTES DEL HECHO

Sin perjuicio de las devoluciones y reparaciones debidas por los daños y perjuicios derivados del hecho, el juez o tribunal ordenará la pérdida del producto, de las ganancias y de las ventajas obtenidas por el condenado con motivo del hecho, en favor del Estado.

Esta pérdida comprenderá los valores, derechos y cosas obtenidos por cualquier título, con motivo o como resultado del hecho, por el condenado o por otra persona, natural o jurídica, para la cual hubiese actuado el condenado. También sufrirán la pérdida de los valores, derechos o cosas, los terceros que los hubiesen adquirido incluso a título gratuito, a sabiendas que los mismos proceden de una actividad delictiva, con el propósito de encubrir el origen ilícito de dichos valores, derechos o cosas o de ayudar a quien esté implicado en dicha actividad.

485

La complicada redacción del precepto exige una exposición sistematizada de su contenido para llegar a una adecuada comprensión:

1º) Se declara *imperativamente* la *pérdida de todo aquello que el delincuente obtiene de forma inmediata o mediata como consecuencia de la actividad delictiva*. Quedan comprendidos cualesquiera bienes o derechos a los que el sujeto condenado ha accedido con ocasión del delito que comete, bien en el curso de la acción delictiva misma, bien después a raíz de su comisión, encuadrándose en este último supuesto el beneficio económico o patrimonial derivado de la comisión del delito. El fundamento de ello está en que el delito, como acción jurídicamente reprochable, no puede suponer ningún beneficio para el sujeto que lo comete, al tiempo que se combate la existencia de ventajas económicas ligadas a la delincuencia como factor que contribuye a la misma.

El art. 361 del Código Procesal Penal impone que la sentencia decida sobre la entrega de efectos secuestrados a quien el tribunal entienda con mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales civiles.

2º) Es una declaración completamente *independiente de la responsabilidad civil*, que el hecho puede llevar o no aparejada, ya que las ventajas obtenidas del delito y que se traducen en la adquisición de bienes o derechos pueden ir más allá de los bienes o

derechos de los que se haya despojado a la víctima, cuya restitución y reparación son específicas y prioritarias respecto a lo que aquí se trata.

Sin embargo, entendemos que, aunque no se diga expresamente, aquellos elementos patrimoniales a que haya accedido el condenado con motivo u ocasión del delito *deben ser prioritariamente destinados a la satisfacción de la responsabilidad civil pendiente* y sólo pasar al Estado el resto.

3º) Los bienes y derechos pueden figurar *bajo la titularidad del condenado o de otra persona natural o jurídica* de la que éste se haya valido como instrumento de su actuación delictiva, trayéndose aquí a colación tanto los supuestos de autoría mediata del art. 34 del Código como los de actuación por otro del art. 38.

4º) *El beneficiario de esta acción interventora sobre el patrimonio del condenado o de esas personas naturales o jurídicas es el Estado*, representante de la colectividad ofendida por el delito, que se sitúa en un segundo plano tras la víctima o perjudicado, específicamente reintegrados estos últimos en sus derechos a través de la obligación civil declarada.

486 5º) Determinados los bienes y derechos afectados por la intervención, *no es óbice para ella que estos hayan pasado a manos de terceros*, sin importar que los hayan adquirido a título oneroso o gratuito, *siempre que dicha adquisición esté teñida por un doble elemento*:

- *De conocimiento*: sobre el origen delictivo de los bienes o derechos.
- *De intención*: tratando con ello de ayudar de cualquier forma al delincuente, con expresa mención del propósito de ocultar a través de esa adquisición el origen ilícito de los bienes o derechos.

Respecto a los terceros no afectados por esas notas negativas, habrá que acudir a la normativa civil reguladora de la materia que distingue entre terceros protegidos y terceros no protegidos frente a la reivindicabilidad de su adquisición.

127

COMISO

Sin perjuicio de los derechos de adquirentes de buena fe a título oneroso y de las mejoras que hayan introducido o de las erogaciones que hayan hecho los adquirentes a título gratuito, el juez o tribunal ordenará el comiso o pérdida en favor del Estado, de los objetos o instrumentos de que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho. El comiso no será procedente en caso de hechos culposos.

El comiso sólo procederá cuando los objetivos o instrumentos sean de propiedad del condenado o estén en su poder sin que medie reclamo de terceros. Cuando la pérdida resulte desproporcionada con la gravedad del hecho que motive la condena, el juez o tribunal podrá dejarla sin efecto, restringirla a una parte de la cosa u ordenar un pago sustitutivo razonable al Estado.

En este caso el esquema de desarrollo del precepto es el siguiente:

487

1º) Se declara *potestativamente la intervención de los efectos de que se valió el condenado por un delito doloso para ejecutarlo*. Como regla a tener en cuenta para determinar qué efectos están incluidos en esta disposición ha de considerarse que en los mismos debe haber una acreditada *preordenación de medio a fin y ser un objeto adecuado para la ejecución delictiva*, no siendo susceptibles de comiso aquellos bienes destinados a fines distintos pero empleados con ocasión de la comisión del delito, pero no para ejecutarlo.

El *art. 361 del Código Procesal Penal* impone que la sentencia decida sobre la entrega de objetos secuestrados a quien el tribunal entienda con mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales civiles, así como sobre el comiso y la destrucción legalmente previstos. Debe traerse igualmente a colación lo que el *art. 184* del mismo Código dispone respecto a la devolución de objetos secuestrados en el curso de la investigación del procedimiento, con especial referencia a documentos, objetos nocivos, prohibidos, peligrosos o no autorizados y armas.

2º) Los efectos han de ser *propiedad del condenado o hallarse en su poder sin que existan legítimos derechos de terceros* sobre los mismos.

Pueden resultar especialmente problemáticos los supuestos de titularidad compartida, siendo teóricamente posible acordar el comiso parcial de los bienes, si bien se plantearán indudables problemas de índole práctica.

Supuestos que sin duda suscitarán problemas son aquellos en los que, de forma real o con intento de fraude, el delincuente trate de desplazar o hacer aparecer sus bienes bajo titularidad de su cónyuge, para la misma sociedad conyugal o bajo la titularidad de personas allegadas; habrá que estar atento a la búsqueda de la verdad real, que es el objetivo del procedimiento penal, aplicando en su caso las reglas civiles que regulen las diversas formas en que pueda aparecer la titularidad de los bienes.

3º) Se respetan los *derechos de terceros no responsables del delito que hayan adquirido tales efectos* en dos circunstancias:

- Cuando los han adquirido a título oneroso mediando buena fe, respecto a la integridad del efecto.
- Cuando los han adquirido a título gratuito, tan sólo respecto a las mejoras y gastos.

488

4º) El beneficiario de la intervención de los bienes es el *Estado*.

5º) La regla general de la pérdida absoluta de los efectos descritos tiene una *excepción fundada en el principio de proporcionalidad*: un hecho penalmente relevante tiene una determinada gravedad y la reacción contra el mismo debe venir dada en función de dicha gravedad (recuérdese el principio de necesidad del art. 5 del Código), por lo que una medida privativa como es la presente no puede superar la propia gravedad del hecho. Por ello, como criterio corrector, se postula que el arbitrio judicial pueda no aplicar o modificar la consecuencia de pérdida de los efectos instrumentados para la ejecución del hecho y, en este último caso, podrá optar entre *una limitación cuantitativa de la pérdida* de los efectos o una *sustitución de dicha pérdida por un abono pecuniario al Estado*, abono cuya cuantía se determinará trayendo a colación de nuevo un criterio de proporcionalidad que considere la gravedad del hecho y el beneficio que se reporta al condenado omitiendo la privación de los efectos que instrumentó al servicio del delito.

El órgano jurisdiccional puede prescindir total o parcialmente del comiso si el valor de los objetos no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción.

6º) Aunque no se refiere a ello expresamente el art. 314 del Código Procesal Penal como contenido de la acusación, ha de entenderse que *debe haber una petición expresa*

sobre comiso a fin de que ello sea controvertible en juicio, cumpliéndose la garantía del principio de legalidad.

JURISPRUDENCIA.

“Expuesto lo anterior es del caso concluir que claramente se observa por ser evidente y manifiesta la inadecuada consideración que del actual inciso cuarto del Art. 184 Pr.Pn., hizo el Tribunal A-quo, ya que tal disposición no habilita comiso si no un supuesto distinto cual es la posibilidad de ordenar la destrucción de los objetos secuestrados cuando se den los supuestos en el enunciados , siendo indispensable destacar que conforme al Art. 127 del Código Penal tampoco es posible ordenar dicha medida por no estar prevista para casos de absolución si no de condena y bajo ciertas circunstancias como las del Art. 444 Pr.Pn., que no son aplicables al caso de autos , por lo que sin lugar a dudas el Tribunal A-quo consideró y estimó erróneamente el Art. 184 Inc. 4º Pr.Pn. , que contempla la destrucción de los objetos secuestrados, que siendo innecesaria su conservación para el procedimiento no pueden ser restituidos en razón de ser nocivos a la salud ; consecuentemente por razones de economía procesal y Principio del Interés Jurídico es procedente acceder a lo solicitado por el impugnante y anular parcialmente la sentencia en la parte relacionada con el comiso declarado por afectar el agravio acogido por este Tribunal en parte su legalidad y como efecto ineludible del recurso , deberá ordenarse su reposición , la que deberá ser realizada por un Juez distinto al que conoció la anterior, Art. 427 Inc. 3º Pr.Pn dicha reposición se limitará a la parte relacionada con el comiso quedando firme la sentencia en sus demás aspectos resolutivos. (Casación, 09-07-02)”

489

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Bastará indicar algunas cuestiones: a) el comiso consiste en la pérdida del derecho de propiedad respecto del condenado de los instrumentos del delito o de los productos obtenidos por la comisión del injusto; b) La fundamentación del comiso es variada de *lege ferenda* se le ha considerado una pena, una medida de seguridad o de una pena accesoria, esta última postura parece encajar en nuestra legislación por cuanto se le concibe como una consecuencia accesoria y dicha consecuencia para ser legítima sólo se puede devenir del delito; c) la determinación de ciertos objetos cuyo comiso es absoluto por ser sustancialmente ilícitos o constituir fuentes de peligro notorio; d) el comiso ordinariamente sólo puede ser decretado en sentencia definitiva condenatoria, a menos que la naturaleza de los objetos los haga sujetos a comiso imperativo; e) la decisión de declarar el comiso por cuanto puede comportar en ciertos casos una afectación al derecho de propiedad debe ser motivada; f) si media duda respecto de la propiedad de los objetos en cuanto al acusado, los objetos no deben ser comisados.

LIBRO SEGUNDO

PARTE ESPECIAL

DE LOS DELITOS Y SUS PENAS

TÍTULO I

DELITOS RELATIVOS A LA VIDA

CAPÍTULO I

DEL HOMICIDIO Y SUS FORMAS

128

490

HOMICIDIO SIMPLE

El que matare a otro será sancionado con prisión de diez a veinte años.

A) CONCEPTO

El término “homicidio” se refiere en el Código Penal tanto a la figura del artículo 128, como al resto de las figuras del Capítulo I del Título I del Libro II, cuya rúbrica dice: “Del homicidio y sus formas”, lo que en principio parece abonar la opinión de que los tipos contenidos en el artículo 129 y en los siguientes son derivados del delito del artículo 128, aunque la especial naturaleza de las conductas relativas al suicidio pueda llevar a considerar este supuesto un tipo específico.

B) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es la vida humana, en correspondencia con lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución. Legalmente, se considera a la vida como el más importante de los bienes de la persona y como la base física y el presupuesto de los demás bienes. Así lo afirma la Exposición de Motivos del Código.

La vida humana es una realidad biológica que, en principio, se protege por el mero hecho de existir y sin atender a otras valoraciones, es decir, con carácter absoluto, pero hay acuerdo general en que es necesario recurrir a criterios valorativos para resolver casos extremos, recurso este que, a su vez, lleva inevitablemente a romper aquel carácter absoluto de la protección a la vida humana. Así se explica el desigual castigo en el aborto y en el homicidio, el reconocimiento de la eficacia del consentimiento de una persona que desea su muerte, al entrar en juego la libertad de la persona y la exclusión de la protección de la vida del agresor en los casos de muerte producida en legítima defensa.

C) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera, ya que la ley dice “el que matare a otro”.

En cuanto al sujeto pasivo, en este delito coinciden el objeto material de la acción, sobre el que recae ésta, y el sujeto pasivo, titular del bien jurídico protegido, ya que ambos son la persona viva, lo que plantea el problema de delimitar cuándo hay una persona viva, o lo que es igual, cuándo se inicia y cuándo finaliza la vida humana.

El inicio de la vida se produce con el nacimiento, que señala el límite con el delito de aborto de los artículos 133 a 137. En general, hay acuerdo en que el concepto de nacimiento es fisiológico y no normativo, pero hay desacuerdo en cuanto al momento en el que se produce el nacimiento, ya que, al ser este hecho un fenómeno que constituye un auténtico proceso, a veces largo y difícil, es posible fijarse en muy diferentes momentos.

491

Para algunos, el nacimiento se produce con el comienzo de la expulsión producida por el parto, de modo que, cuando el parto haya dado lugar a que se haya iniciado tal expulsión, entienden que el nuevo ser ya ha nacido. Para otros, hay nacimiento cuando ya se puede ver al nacido, y esto exige, no el inicio de la expulsión, sino la completa expulsión del claustro materno. Una tercera posición reclama que se haya iniciado la respiración pulmonar autónoma y una cuarta, además, que se haya cortado el cordón umbilical.

Además del nacimiento, es necesario que el ser nacido esté vivo. Para quienes entienden que el nacimiento exige la respiración pulmonar autónoma, se trata de un mismo requisito, pues es evidente que un ser que respira por sí solo está vivo; sin embargo, aunque el signo demostrativo más elemental de que la vida dependiente ha pasado a ser vida independiente es la respiración pulmonar, no hay que descartar que tal vida independiente se pueda demostrar por otros medios.

No se exige la viabilidad del nacido, por lo que merece idéntico reproche matar a un ser viable que a uno que no va a poder vivir y aunque su muerte sea inminente.

El final de la vida se produce con el fallecimiento, que hoy es considerado un proceso complejo, al estimar que la muerte se produce por órganos o por funciones. Sin embargo, la necesidad de establecer un momento para la muerte del ser humano, que en los delitos contra la vida determinará hasta cuando hay objeto material del delito de homicidio, unida a la creciente importancia del fenómeno de los trasplantes de órganos, cuya realización exige la rápida obtención del material a transplantar, incompatible con el concepto clásico de muerte clínica, determinado por el cese de la respiración pulmonar y de la circulación sanguínea, ha llevado a aceptar como momento de la muerte al de la muerte cerebral.

D) CONDUCTA TIPICA

Es matar. La ley prohíbe que se cause un resultado, que es la muerte, sin entrar en el modo de su producción, lo que plantea la relevancia de la omisión y, al ser un tipo de resultado, también la relación de causalidad.

492 a) La relevancia de la omisión. Cabe tanto la modalidad activa cuanto la omisiva. En otros momentos, se sostuvo que el verbo matar es activo y que no incluía los comportamientos omisivos, pero hoy se sostiene que una interpretación social del verbo matar no es exclusivamente activa. Por tanto, cabe matar en forma activa o en comisión por omisión, con los requisitos generales de la comisión por omisión fijados en el artículo 20 del Código Penal: deber jurídico de obrar y equivalencia de la omisión a la producción del resultado.

a1) El deber jurídico de obrar. La comisión por omisión solo es típica si el omitente estaba obligado a impedir que el resultado, en este caso, la muerte, se produjera. Este deber de actuar no es el genérico existente para todos los integrantes de la sociedad en virtud del artículo 175, sino uno específico, que debe nacer de la existencia de obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, como las existentes en el derecho de familia o en la profesión médica; del comportamiento precedente creador del riesgo, pues quien crea dolosamente un riesgo para un bien jurídico debe intentar que tal peligro no llegue a ser daño; o de la asunción previa de la responsabilidad en la evitación del resultado, con lo que se determinó a alguien a afrontar el riesgo, como en los casos de los contratos del socorrista o del guía de montaña. El artículo 20 exige que exista una específica obligación legal o contractual de actuar o que el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

a2) La posibilidad de evitar el resultado. Para la tipicidad de la comisión por omisión, el Código Penal exige una vinculación entre la omisión y el resultado similar a la existente con el comportamiento activo mediante el nexo causal, vinculación que se comprueba por un mecanismo similar al usado para tal nexo mediante la equivalencia de condiciones: si colocada mentalmente la acción esperada y no realizada, el resultado desaparece, la omisión es causa del resultado. Si no se puede realizar esa afirmación, pues no hay certeza o probabilidad rayana en la certeza en ese sentido, pero sí se puede afirmar que la actuación omitida habría supuesto la disminución del riesgo existente, estaremos ante un delito de omisión del deber de socorro. Si la acción omitida no hubiera evitado el resultado, no tiene trascendencia penal.

b) La relación de causalidad. Entre la acción de matar y el resultado muerte debe haber una relación que permita imputar objetivamente ese resultado a la acción del sujeto. Esa relación en principio se entendió de manera naturalística o lógica y se hablaba de relación de causalidad, pero hoy se ve de forma normativa o valorativa, ya que se entiende que, además de comprobar la existencia de la relación natural entre acción y resultado, es necesario realizar una valoración para determinar si el ordenamiento quiere atribuir o imputar ese resultado a tal acción. Las diferentes teorías más utilizadas han sido las siguientes:

493

- b1) Teoría de la equivalencia de condiciones. Partiendo del concepto físico de causa, según el cual causa es toda condición del resultado, penalmente se dice que causa es la condición necesaria del resultado, y será causa aquel comportamiento que, suprimido mentalmente, da lugar a la desaparición del resultado. Es criticada por su excesiva amplitud, pese a las diversas correcciones utilizadas para limitar su alcance.
- b2) Teoría de la causalidad eficiente. Causa es solo el comportamiento que tiene mayor eficacia causal que los demás.
- b3) Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada, según la cual no es causa toda condición necesaria, sino solo la adecuada o apropiada para producir el resultado según la experiencia ordinaria, a determinar según el punto de vista del autor en el momento de realización del hecho.
- b4) Teoría de la relevancia jurídica. El problema de la causalidad es un problema de tipicidad. Una cosa es si un comportamiento es o no causa de un resultado, lo que es un problema lógico o natural, y otra es si, según el tipo penal, a un comportamiento se le puede imputar o atribuir ese resultado. Para resolver tal cuestión, será necesario partir del verbo típico, que define

la conducta típica; si el comportamiento considerado aparece, considerado desde el verbo típico, como una conducta relevante para producir el resultado, este será imputable a ese comportamiento.

- b5) Teoría de la imputación objetiva. Un resultado es imputable a un comportamiento si este supone la creación de un peligro jurídicamente desaprobado que se realice en el resultado. Se suele criticar por no ser capaz de responder a todos los casos, como el pinchazo a un hemofílico, una bomba en un avión que se estrella o los comportamientos con riesgo insignificante.

E) JUSTIFICACION

Tiene especial relevancia la aplicación de las causas excluyentes de responsabilidad criminal de legítima defensa, segunda del artículo 27, para cuya aplicación no hay obstáculo cuando se presenten sus requisitos y de estado de necesidad, tercera del mismo artículo, cuya única dificultad es la discusión sobre su naturaleza justificante o exculpante cuando se postula su aplicación a los casos de muerte.

494 Es especialmente problemática la aplicación de la causa de cumplimiento de un deber legal o ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita, primera de este artículo 27, ya que la exención de responsabilidad criminal en los casos de muerte producida por la autoridad o sus agentes mediante el uso de la violencia requerirá la necesidad racional del uso de ésta y que el sujeto la emplee para proteger un interés jurídico superior al que va a lesionar, según la escala de valores del ordenamiento y existe el problema de determinar cómo valorar los casos de muerte producida por funcionarios mediante uso excesivo de violencia. La solución a estos casos depende de si el exceso fue doloso, imprudente o fortuito. Parece haber mayoría de opiniones en favor de que el exceso doloso no permitirá aplicar, en los casos generales, ninguna clase de atenuación, mientras que en los casos de exceso imprudente, cuando el funcionario haya creído erróneamente que la violencia que usaba era necesaria, se tratará de un caso de error sobre los presupuestos de una causa de justificación que llevará a la aplicación de las normas generales sobre el error del artículo 28, mientras que los casos de exceso fortuito darán lugar a la impunidad de la conducta, por juego del artículo 4 del Código Penal.

F) TIPO SUBJETIVO

Dentro del homicidio doloso del artículo 128, es posible la comisión con dolo directo o eventual, sin que presenten especialidades estos conceptos.

En relación con la regulación del error de tipo contenida en el inciso primero del artículo 28, dos son los problemas de la realidad que se presentan con más frecuencia: el caso en el que una persona sabe que está matando a otro ser humano, pero se equivoca y mata a persona distinta de la que quiere matar, y el caso en el que una persona no sabe que está matando a otra persona.

En relación con el primero de estos casos, el error sufrido por el sujeto activo del delito carece de cualquier trascendencia, pues, a los ojos de la ley, es igual matar a una o a otra persona. Esta regla se mantiene incluso cuando, creyendo matar a otra persona, se mata a uno de los parientes mencionados en el artículo 31 o en el artículo 129, nº 1 del Código Penal, por lo que el hecho se castigará como homicidio simple en todos los casos

El segundo de tales casos puede tener diferentes soluciones, según que el error sufrido por el sujeto activo sea o no vencible. Así, si una persona, por ejemplo, un cazador, dispara, y mata, sobre lo que cree una pieza de caza, cuando, en realidad, se trataba de otra persona, si, consideradas todas las circunstancias, no pudo saber que era un ser humano, se trata de un error invencible y no existirá delito de homicidio, mientras que, si consideradas todas esas circunstancias, hubiera notado, teniendo el cuidado debido, que se trataba de un ser humano, el hecho será un homicidio culposo.

495

En los casos de error de tipo consistentes en el error en el golpe, por ejemplo, quien dispara contra una persona para matarla, pero alcanza y mata a quien se encuentra a su lado, la solución parece ser un concurso entre un homicidio doloso intentado, pues al apuntar y disparar hacia una persona, y no alcanzarla, ha puesto en peligro su vida, y un homicidio imprudente consumado, siempre que concurren los requisitos del delito imprudente, pues se ha matado por infracción de una norma objetiva de cuidado.

Los supuestos de error de prohibición no presentan especialidades.

G) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El único problema es la delimitación de los actos constitutivos de delito de homicidio intentado de aquellos constitutivos de lesiones consumadas, ya que el único criterio diferencial es subjetivo, consistente en la existencia o no de ánimo de matar, elemento interno cuya presencia debe ser determinada en atención a datos exteriores, entre los que hay que resaltar las relaciones previas entre los intervinientes, los actos anteriores, coetáneos y posteriores, las manifestaciones realizadas por el autor, el arma empleada y su entidad, la región corporal atacada, todas las características de las heridas producidas, la fuerza de los golpes y la reiteración o no del ataque, así como cualquier

otra circunstancia. Algún autor sostiene que en los casos en que un homicidio fracasado ha causado en la víctima lesiones, no se debe penar solo por la vía del homicidio intentado, sino mediante un concurso ideal de tal homicidio intentado con un delito de lesiones imprudentes, para acoger adecuadamente todo el hecho; sin embargo, tal criterio pueda chocar con el hecho de que tales lesiones no son en absoluto imprudentes.

JURISPRUDENCIA.

“El recién nacido como ya se afirmó anteriormente vivió un momento, por las siguientes razones: la experticia médica indica que luego de realizarle las docimasias tanto radiológica como hidróstica dieron un resultado positivo, al indicar que el recién nacido había respirado al nacer, ya que al introducir los pulmones en agua estos flotaron, como señal de que había respirado al nacer, entonces esto confirma que estamos ante una vida independiente”. (T.S. 3° S.S., 29-10-02)

496 “El recurso al uso de armas por parte de los agentes del orden está sometido a una serie de condiciones para que resultados lesivos que puedan determinarse por la utilización de las armas puedan quedar cubiertos por la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo ... que opera como justificativa de la acción y hace desaparecer el reproche antijurídico determinando que esa acción devenga penalmente impune. Se precisa a tal efecto: 1º) que el sujeto activo sea una autoridad o agente de la misma que esté autorizado para hacer uso de medios violentos en el ejercicio de sus funciones, 2º) que su concreta actuación se haya producido precisamente en el ejercicio de sus funciones propias; y 3º) que para cumplir en el caso concreto sus funciones o deberes sea necesario el uso de la violencia y que, aun siendo necesaria, emplee la mínima y proporcionada en el concreto caso de su uso. Si esta última exigencia de necesidad del recurso a la violencia no concurre la actuación del agente no puede ser cubierta ni por la eximente completa ni aún como incompleta.” (T.S. 2° S.S., 22-11-97)

“En caso de concurrir el homicidio con delito de Fabricación, portación, tenencia o comercio ilegal de armas de fuego o explosivos caseros o artesanales se ha estimado que es un concurso aparente de leyes y no de delitos.” (T.S. San Vicente, 04-05-01)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Concepto.

Matar significa acortar la vida de otra persona, por lo que es homicidio la muerte a un ser humano que se encuentra agonizando y aunque deba morir minutos después.

Sujetos.

Nuestro Código no hace una alusión clara al término nacimiento para delimitar el homicidio de aborto, sí lo hacía el Código Penal de 1974 (Art. 155). No obstante lo anterior es lógico considerar que ante la existencia de las dos figuras el nacimiento es el acontecimiento que nos determinará si estamos ante un homicidio o un aborto.

Siguiendo una concepción clásica la muerte se produce cuando cesa definitivamente la actividad del corazón y la respiración; en los últimos años se impone la muerte cerebral que implica la cesación total e irreversible de las funciones cerebrales, aun cuando la circulación y respiración se mantenga por medios artificiales, para lo anterior se esgrimen dos razones: 1) la característica de la individualizada humana, no es producto del corazón sino del cerebro; 2) la actividad del corazón o de la respiración es reversible, debido a la posibilidad de trasplantes de corazón o de mantener artificialmente la respiración durante largo tiempo, en cambio la extinción de la función cerebral es irreversible¹.

De no aceptar la muerte cerebral sino la clínica habría que responsabilidad de muerte a los médicos que para efectuar el trasplante lo extraen de la persona que está muerta cerebralmente aunque con vida artificial.

El Código de Salud en los Arts. 128 y sigs. hace una regulación en torno a los trasplantes lo que evidencia una autorización para los mismos, admitiendo la muerte cerebral, lo que es coincidente con el Art. 147 CP.; médicamente es indispensable que el donante tenga por lo menos vida artificial, en ese sentido el Art. 128-C del Código de Salud define así:

“Muerte: Es la cesación irreversible de las funciones cardio-respiratorias, o bien, cuando se demuestre la pérdida completa e irreversible de las funciones encefálicas y del tronco cerebral.

Muerte Cerebral: Es la pérdida completa e irreversible de las funciones encefálicas y del tronco cerebral”.

Por su parte el Art. 128-F reza: “El diagnóstico y certificación de la muerte de una persona, se basará en el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o bien cuando se demuestre la pérdida de las funciones encefálicas y del tronco cerebral, conforme el respectivo protocolo”.

Conducta Típica.

En el plano causal importante resulta resolver el problema del amplio lapso de tiempo entre la realización de la conducta y la producción de la muerte (SIDA mientras desconozca su cura, herido que queda en coma profundo durante años o gravemente enfermo muriendo más tarde a consecuencia de esa enfermedad). El resultado resulta

determinante al momento de juzgar el caso; la seguridad jurídica impide dejar pendiente de calificación el caso.

Si en el caso de las lesiones el resultado no se produce de inmediato por razones ajenas a la voluntad del agresor podría considerarse a mi juicio la calificación de homicidio imperfecto; en el caso del SIDA lesiones graves; naturalmente que si el resultado se produce antes del juicio y es consecuencia directa del contagio producido dolosa o imprudentemente puede imputarse el homicidio en grado perfecto.

Tipo Subjetivo.

Se discute la solución en los casos de dolus generales que implica la realización de dos actos, el primero doloso en tanto que va dirigido a obtener el resultado y el segundo que es el que lo produce efectivamente, producto de un error sobre el éxito del primer acto.

El principio la solución partió del dolus generalis, según el cual el dolo abarcaba todo el hecho y sus incidencias, independientemente de las incidencias concretas del nexo causal.

Un sector afirma que se trata de un solo delito; otros estiman que hay concurso entre homicidio tentado y homicidio culposo.

498 Otro sector hace una distinción partiendo del hecho de si el segundo acto entraba en el plan inicial del autor. Así si el plan era matar y aparentar el suicidio es homicidio; pero si la idea de aparentar el suicidio surgió después se estima un concurso entre homicidio tentado y homicidio culposo.

Fases de ejecución del delito.

Cuando ingresa a la discusión el planteamiento de la Teoría de la Imputación Objetiva, gran parte de la discusión se define en el tipo objetivo, pues el análisis que se haga en relación al peligro al bien jurídico determinará de entrada si los que se discuten son lesiones o u homicidio tentado, no quedando el total de la discusión en el tipo subjetivo.

En la práctica la distinción parte de herramientas procesales que se usan como parámetros de la intención del sujeto: 1º) las relaciones previas existentes entre agente del hecho y víctima, 2º) sus respectivas personalidades, 3º) las incidencias que hubieran tenido lugar en momentos precedentes al hecho tales como insultos, provocaciones o amenazas, 4º) las manifestaciones que se hicieran durante una situación de contienda o por el agente del hecho tras la perpetración del mismo, 5º) clases, características y dimensiones del arma utilizada y si es idónea para causar resultados letales, 6º) lugar o zona del cuerpo a que la acción ofensiva se ha dirigido y su vulnerabilidad y carácter de ser conocidamente de importancia para la vida de la persona afectada, 7º) la repetición y número de los golpes o conductas lesivas; y 8º) la conducta posterior del agente, ya

prestando auxilio a la víctima o desatendiéndola a pesar de comprender la gravedad y trascendencia para la vida que su acto ha determinado³.

Concursos.

Delito Preterintencional.

Se perfila cuando a consecuencia de lesiones dolosas, causadas sin intención de matar, se produce la muerte del agredido, y ésta es imputable a título de imprudencia³.

En el Código de 1973 había regulación de esta figura. La falta de regulación expresa hace recurrir a las reglas generales, en tal sentido el criterio mayoritario afirmado la imputación objetiva se inclina por la hipótesis del concurso imputando el resultado a título de imprudencia (homicidio culposo) en concurso con el delito (o falta) doloso que constituya el hecho inicial⁴.

En caso de que la lesión dolosa guarde una ínfima entidad se acepta la calificación de homicidio imprudente.

Enrique Gimbernat⁵; Juan Bustos Ramírez⁶, Muñoz Conde⁷ se inclinan por sancionarlo como imprudente en caso de ser imposible hacer una delimitación y cuantificación de la gravedad de las lesiones; derivado del escaso tiempo transcurrido entre las lesiones y la muerte

Causas de justificación.

499

El cumplimiento del deber en el homicidio merece una especial atención, pues este tipo penal protege el bien jurídico de mayor valor. El recurso a esta excluyente supone la vigencia de los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, particularmente para el agente debe existir un riesgo racionalmente grave para su vida, integridad física o la de terceras personas o en aquellas circunstancias que puedan suponer un riesgo grave para la seguridad ciudadana⁸.

En los términos anteriores hay jurisprudencia que no admite esta justificación cuando se trata de impedir un delito contra la propiedad⁹, en caso de persecución de delincuente in fraganti¹⁰ o cuando sujeto no es peligroso¹¹.

129

HOMICIDIO AGRAVADO

Se considera homicidio agravado el cometido con alguna de las circunstancias siguientes:

- 1) En ascendiente o descendiente, adoptante o adoptado, hermano, cónyuge o persona con quien se conviviere maritalmente;
- 2) Cuando el homicidio ocurriere, en su caso, para preparar, facilitar, consumir u ocultar los delitos de secuestro, violación, agresión sexual, robo, extorsión, actos de terrorismo, asociaciones ilícitas, comercio ilegal y depósito de armas, contrabando, lavado de dinero y activos y los comprendidos en el Capítulo II de este Código relativo a los delitos de la corrupción y Capítulo IV de la Ley reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas o para asegurar los resultados de cualquiera de ellos o la impunidad para el autor o para sus cómplices o por no haber logrado la finalidad perseguida al intentar cualquiera de los delitos mencionados. (15)
- 3) Con alevosía, premeditación, o con abuso de superioridad;
- 4) Con veneno u otro medio insidioso;
- 5) Con ensañamiento o aumento deliberado del dolor del ofendido;
- 6) Por precio, recompensa, o promesa remuneratoria;
- 7) Por motivos abyectos o fútiles;
- 8) Cuando fuere ejecutado por autoridad civil o militar, prevaleándose de tal calidad; y,
- 9) Cuando estuviere precedido de desaparición forzada de personas.
- 10) Cuando fuere ejecutado en la persona de un funcionario público, autoridad pública o agente de autoridad, siempre que estén en ejercicio de su cargo y con ocasión de sus funciones.

En estos casos la pena será de treinta a cincuenta años de prisión. (5)(11)(12)(15)

El delito castigado en el artículo 129 es una figura cualificada del homicidio simple del artículo 128, como demuestra la rúbrica del Capítulo, que habla de formas de homicidio, por lo que, para la apreciación del delito de homicidio agravado, deben cumplirse, además, los requisitos de la figura básica.

A continuación, se examinan las especialidades contempladas en cada uno de los numerales del artículo:

1) Es preciso que, entre el sujeto activo del delito y el sujeto pasivo del mismo, exista la relación natural de ascendencia, descendencia o fraternidad, sin que, para los ascendientes o descendientes se pongan otras limitaciones de grado, por lo que se castiga igual que un hijo mate a un padre o que un bisabuelo mate a su bisnieto; o la relación legal de filiación derivada de la adopción, sin que la agravación se extienda a personas distintas del adoptante y del adoptado; o la relación legal determinada por la existencia de matrimonio, por lo que no procederá la agravación en casos de matrimonios anteriormente disueltos, salvo que se mantenga la convivencia, lo que llevará a aplicar el último inciso; o la relación de hecho derivada de la convivencia inherente a una relación análoga al matrimonio.

La existencia de esta circunstancia debe ser abarcada por el dolo del sujeto activo, que debe saber que dirige su acción homicida contra una de las personas mencionadas en el precepto.

501

La concurrencia de error acerca de esta circunstancia constituye un error de tipo que debe ser tratado mediante la aplicación del artículo 28, inciso primero, debiendo llevar en todo caso, sea el error vencible o invencible, a castigar la conducta como homicidio simple, si no concurren otros motivos de agravación.

2) Que el homicidio constituyere medio para la comisión del delito de robo. La ley define un delito complejo de robo con homicidio, en el que la utilización de la violencia que convierte el apoderamiento en robo tiene efectos sobre la vida de la persona, sea como homicidio consumado, sea como homicidio intentado. El hecho se castigará sólo mediante la imposición de la pena prevista en el artículo 129, nº 2 y no mediante un concurso de delitos entre el homicidio y el robo, con todo lo que ello lleva de problemas en cuanto a la participación en el delito y a las fases imperfectas de ejecución, básicamente. En los casos en los que no se haya consumado el homicidio o en los supuestos en los que no se haya consumado el apoderamiento parece que la única solución lógica es romper el delito complejo y volver a la solución tradicional del concurso real de delitos.

Es necesario para apreciar la agravación que la violencia causante de la muerte sea medio necesario para el apoderamiento, de modo que la finalidad de la muerte sea lograr o consumir el apoderamiento.

3) Tanto la alevosía como la premeditación son circunstancias genéricas de agravación, definidas en los dos primeros números del artículo 30, a cuyo comentario nos remitimos, siendo tan solo preciso poner de relieve la siguiente cuestión en relación con la primera de estas circunstancias.

De acuerdo con la definición legal de la alevosía, procede la aplicación automática de la agravación cuando el sujeto pasivo es menor de doce años y cuando el homicidio ha estado precedido de secuestro. Sin embargo esta definición legal no contesta a la pregunta de si es alevoso matar a personas indefensas distintas de las mencionadas, como personas extremadamente ancianas, dormidas, inconscientes o cualesquiera otras en similar situación, pues en esos casos no se puede sostener que el sujeto activo tenga que realizar ningún comportamiento para evitar que la víctima se prevenga del ataque o se defienda de la agresión, ya que esa persona carece de toda posibilidad de ello, al igual que no puede producir ningún riesgo para el ofensor, de modo que estos actos mal se puede decir que concuerden con la definición legal de la alevosía.

502

4) Tradicionalmente la muerte por veneno ha sido considerada como la muerte alevosa por excelencia, al tratarse de un medio contra el cual el sujeto pasivo no puede precaverse, pero el Código Penal dota de autonomía a esta circunstancia, pese a lo cual, por la mención a “otros medios insidiosos”, no deben entenderse castigados como homicidios agravados por veneno aquellos casos en los que se emplea veneno de manera abierta e, incluso, violenta, como cuando se sujeta al que va a ser envenenado y a la fuerza se le obliga a ingerir la ponzoña, pues en tal caso falta la insidia. Veneno es cualquier sustancia que, incluso en pequeñas dosis, puede producir la muerte al ser humano y es indiferente para la ley su forma de aplicación, siempre que, como se ha dicho, el sujeto pasivo no se percate de que está siendo envenenado. Junto con el veneno se produce la agravación por el uso de otro medio insidioso, debiendo entenderse por este cualquier sustancia que, no siendo veneno, pueda administrarse a las personas de modo que no se percaten de ello y con consecuencias fatales, como el vidrio molido, el azúcar en los diabéticos u otros.

5) El ensañamiento o aumento deliberado del dolor del ofendido es circunstancia que se recoge de manera prácticamente idéntica en el nº 12 del artículo 30. Se requiere que se cause la muerte y que se produzcan al ofendido el lujo de males al que hacía referencia la doctrina clásica.

En general se admite que el ensañamiento no se puede llevar a cabo por omisión, de modo que viene a ser un acto siempre positivo. En contra se ha argumentado que, por ejemplo, dejar morir a alguien de sed sería un caso típico de ensañamiento por omisión, sin embargo, en ese supuesto y en otros similares, lo que produce la muerte no es la omisión del sujeto activo que no proporciona, por ejemplo, agua, sino que es el propio organismo del sujeto pasivo el que le produce la muerte. En igual sentido se dice que no es homicidio agravado por ensañamiento, sino omisión del deber de socorro, contemplar como una persona se abrasa en un incendio, mientras que sí lo es rociarle con gasolina y prenderle fuego.

6) Es, básicamente, la misma circunstancia contemplada genéricamente en el artículo 30, nº 14. La muerte se convierte en homicidio agravado cuando quien la comete busca con ella lograr un beneficio económico consistente en un pago, no cuando busca cualquier otro provecho. El precio, la recompensa o la promesa remuneratoria han de ser la motivación de la conducta, de modo que la ventaja que aquellas representan ha de determinar la muerte, por lo que no existirá la agravación en aquellos casos en los que, antes de ser ofertado o recibido el precio, la recompensa o la promesa, el sujeto ya había decidido matar, ni tampoco en los casos de muertes recompensadas sin previo concierto para ello. Es indiferente para la apreciación de la circunstancia que el que comete la muerte llegue o no a recibir la recompensa, precio o promesa.

503

Habiendo acuerdo en que quien comete la muerte por esta circunstancia es reo de homicidio agravado, no lo hay, en cambio, en la adecuada tipificación para quien paga el precio, entrega la recompensa o hace la promesa, pues mientras unos sostienen que su conducta es alevosa y debe responder como autor de un homicidio agravado por la circunstancia tercera, otros afirman que es inductor de un homicidio agravado por precio y este le debe ser imputado por el artículo 35.

7) Es también circunstancia coincidente con la última de las agravantes genéricas. La ley considera más reprochable la muerte causada por motivos que denoten bajeza o degradación moral, en el caso de los móviles abyectos, o por motivos de nula o nimia entidad, en el caso de los móviles fútiles.

8) La circunstancia no constituye una agravación de índole subjetiva cuando el sujeto activo sea, conforme al artículo 39, nº 2 del Código Penal, autoridades civiles o militares, sino que viene a ser una forma de castigo de actos cometidos con abuso de superioridad, pues se exige para la aplicación de la agravación que el sujeto activo se prevalga de su condición de autoridad, de modo que, al mismo tiempo que se comete el homicidio, se está utilizando de manera desviada el poder público, desviación que, si está tipificada como delito, debe dar lugar al correspondiente concurso.

9) No se constituye en este caso un tipo de sospecha, siendo necesaria la acreditación de la previa desaparición forzada del sujeto pasivo, imputable al sujeto activo del homicidio, para la aplicación de la agravante, sin perjuicio del concurso con el correspondiente delito de los regulados en los artículos 364 a 366 del Código.

10) La última circunstancia del artículo eleva la pena prevista en aquellos casos en los que:

- a) El sujeto pasivo sea, de conformidad con el artículo 39 del Código Penal, funcionario público, autoridad pública o agente de la autoridad; y
- b) El homicidio se cometa cuando se encuentren ejerciendo sus funciones; y
- c) Con ocasión de estas funciones públicas.

504

Las tres condiciones son acumulativas y para la aplicación del tipo agravado deben concurrir las tres, bastando que falte una para que no proceda imponer la pena cualificada. Por tanto, y rectamente entendida la agravación, no se aplica a las muertes cometidas contra los empleados públicos definidos en el apartado 3) del artículo 39 del Código Penal, aunque se encuentren en el ejercicio de sus funciones y el homicidio se cometa con ocasión de éstas, ni tampoco se agrava la pena cuando el sujeto pasivo sea funcionario, autoridad o agente de ésta pero se les cause la muerte cuando no se encuentren ejerciendo sus funciones o no se cometa con ocasión de la realización de éstas.

La regla de determinación de la pena contenida en el último inciso del artículo, que castiga los seis primeros supuestos con pena de prisión de veinticinco a treinta años, mientras que sanciona los casos contenidos en los cuatro últimos números con pena de veinte a veinticinco años resulta confusa, pues si en una muerte concurren circunstancias de ambos grupos, por ejemplo, matar a un ascendiente por motivos fútiles, no existe ninguna regla para decidir la pena correcta, ya que el artículo 7 del Código Penal no contempla la regla de la alternatividad.

JURISPRUDENCIA.

“El tribunal entiende que no se le puede exigir, que sí la propia madre es la que ha ejecutado la acción homicida, que haga los trámites pertinentes para ir al registro familiar a asentar la partida de nacimiento, entonces tenemos que darle vigencia al principio de libertad probatoria y ver sí con el material probatorio ya relacionado, podemos concluir

que hay ese vínculo requerido para establecer la agravante.-” (T.S. 3° S.S., 29-11-02, en ese mismo sentido T.S. Chalatenango, 23-09-02)

“El delito de robo, que se comete cuando con violencia sobre las personas un sujeto se apodera de un bien ajeno, no subsume las lesiones que se ejecuten para realizar el apoderamiento, a pesar de que en la descripción típica se hace referencia, como forma de ejecución, a la “violencia sobre las personas”. (T.S. 3° S.S., 08-10-93)

“...La agravante del Art. 129 No 2 CP. cuando prescribe “Cuando el homicidio constituyere el medio para la comisión del delito de robo” no debe conducir a pensar que ambos hechos pasan a formar parte de un tipo complejo, por ende no se trata de un Concurso Aparente de Leyes sino de un Concurso Ideal.

...Lo que fundamenta la agravante es la finalidad buscada con el homicidio, y no la comisión del robo en sí, de manera tal que la desvaloración del móvil es lo que conduce a agravar el homicidio...” (T.S. 6° S.S., 01-03-01; 27-06-00; 29-06-00; 12-06-01)

Otros Tribunales se inclinan por el concurso aparente de leyes.

“El desvalor del robo como hecho se inserta en el homicidio, calificando la conducta de manera especialmente agravada; ello significa que el robo no se punirá independientemente, por que esta integrando como circunstancia calificante al homicidio que se comete para ejecutar el robo”. (T.S. 3° S.S., 25-05-00)

505

“...Para que se configure la causal de alevosía: “... no basta con que la víctima se encuentre en situación de indefensión que le impida oponer una resistencia que se transforme en un riesgo para el agente, sino que el autor debe haber conocido y querido realizar la acción en tales circunstancias”.

“...El sujeto activo ha provocado o se aprovecha de una situación de indefensión de la víctima para prevenir el ataque o defenderse de la agresión sin riesgo para su persona...” (T.S. 3° S.S., 28-06-00)

“..Para la aplicación de la agravante de alevosía basta que resulte evidente que al verificarse la agresión el ofendido no haya podido imaginarse el ataque y que no haya podido defenderse del acto esperado, siendo irrelevante que dicha defensa haya sido posterior...”

Premeditación.

“... Esta agravante no puede ser confundida con la fase intelectual y volitiva que precede a la comisión de todo delito, aún cuando la duración de ésta sea muy efímera”. (T.S. Zacatecoluca, 30-05-00)

Abuso de Superioridad.

“Es evidente la superioridad de la que se aprovechó la menor (...), para lograr su cometido pues es lógico que un bebé recién nacido es completamente débil e indefenso, que sólo logrará sobrevivir con los cuidados delicados y oportunos de su madre lo que no ocurrió en el caso que me ocupa.” (J.M. 2° S.S., 17-03-00)

Ensañamiento.

“La agravante determinada en el numeral 5 del artículo 129 del Código Penal no se constituye a partir de la mera congoja que inflige naturalmente las lesiones al cuerpo humano al afectar la red nerviosa. Si así fuera, toda lesión que usualmente supone un dolor físico calificaría los hechos bajo esta calificante. Al contrario, la agravante especial de ensañamiento se cualifica porque al homicidio precede sistemáticamente una actividad de mortificación aflictiva en la víctima, de la cual se solaza el imputado, el placer de hacer sufrir a la víctima antes de que muera, infligiéndole un daño corporal o psíquico con esa especial finalidad de hacer padecer y recrearse con esos padecimientos.” (T.S. 3° S.S., 13-05-02)

506

“Sobre la base de la aplicación de lo dispuesto en el Art. 27 Cn. y el principio de necesidad de las penas se ha resuelto que si las circunstancias lo exigen (imputado de avanzada edad) la pena puede bajar de los mínimos legales; en ese sentido.” (T.S. Zacatecoluca, 12-06-02)

Motivos abyectos o fútiles.

“Matar por proteger el patrimonio no constituye un móvil fútil.” (T.S. 6° S.S., 29-06-01)

“...Para estar en presencia de un motivo abyecto o fútil se requiere que el imputado haya cesado la vida de la víctima por un motivo insignificante, de poco valor, sin importancia, que haya actuado con bajeza, de una manera mezquina o innoble”. (T.S. 5° S.S., 25-04-00)

Abyecto: Aquella acción baja o vil de parte del sujeto activo que es completamente despreciable o infame; y por otro lado la FUTILIDAD hace referencia a la acción de matar por una razón sin importancia, lo que no debe entenderse que en todo HOMICIDIO sea agravado por ser la acción de matar una conducta negativa para la convivencia humana, sino que la cualificante se configurará cuando se mata por el simple hecho de matar. (T.S. 3° S.S., 11-04-00; 13-04-00)

“...Para estar en presencia de un motivo abyecto o fútil se requiere que el imputado haya cesado la vida de la víctima por un motivo insignificante, de poco valor, sin

importancia, que haya actuado con bajeza, de una manera mezquina o innoble...”
(T.S. 5° S.S., 28-04-00)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Después de la elaboración del libro original esta disposición ha tenido diversos cambios así:

El D.L. 703 9 SEPT 1999, D.O. 4 OCT. 1999 dice: “*Modificase 2) y 3), el inciso segundo y agregase un inciso final al Art. 129, así:*

2) Cuando el homicidio ocurriere, en su caso, para preparar, facilitar, consumir u ocultar el delito de robo, violación o secuestro, o para asegurar los resultados de cualquiera de ellos o la impunidad para el autor o para sus cómplices o por no haber logrado la finalidad perseguida al intentar cualquiera de los delitos mencionados. También cuando el homicidio fuera consecuencia del delito de violación o de una agresión sexual.”.

3) Con alevosía, premeditación, o con abuso de superioridad.

El homicidio agravado a que se refieren los numerales del 7) al 10) será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años, y los casos de los numerales 1), 3,) 4, 5) y 6), con prisión de veinticinco a treinta años

El numeral 2) será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años”

507

El D.L. 486, 18 JULIO 2001) ordenó: “*Refórmase el numeral 2) y el inciso final del Art. 129, de la siguiente manera:*

“2) Cuando el homicidio ocurriere, en su caso, para preparar, facilitar, consumir u ocultar los delitos de secuestro, violación, agresión sexual, robo, extorsión, actos de terrorismo, asociaciones ilícitas, comercio ilegal y depósito de armas, contrabando, lavado de dinero y activos y los comprendidos en el Capítulo II de esta código relativo a los delitos de la corrupción y Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas o para asegurar los resultados de cualquiera de ellos o la impunidad para el autor o para sus cómplices o por no haber logrado la finalidad perseguida al intentar.”

En estos casos la pena será de treinta a cincuenta años de prisión”

Circunstancias especiales hacen elevar la pena a imponer.

No se hace una nominación expresa el asesinato, como sí lo hacía el Código Penal de 1974, que incluía como supuestos los equivalente a los regulados en el numeral 1, a los que en el fondo el legislador le otorga más disvalor en tanto que la pena es más elevada.

Parentesco.

Se discute en la doctrina sobre qué ocurre cuando el matrimonio estaba viciado de nulidad absoluta. Un sector señala que es agravada la muerte efectuada por el cónyuge de buena fe, pero no la muerte realizada por el cónyuge de mala fe¹². Otro sector indica que se agrava el homicidio cuando la víctima fuere el cónyuge de buena fe¹³. Otro sector se inclina que al ser el matrimonio legalmente imposible no puede aplicarse la agravante¹⁴.

La disposición legal incluye a los convivientes, para el entendimiento cabe considerar lo dispuesto en el Art. 189 del Código de Familia que dice:

“Art. 118.- La unión no matrimonial que regula este Código, es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años.

Los integrantes de la unión, serán denominados convivientes o compañeros de vida y gozarán de los derechos que se les confiere en este capítulo. Asimismo gozarán de esos derechos las personas que siendo púberes y reuniendo los demás requisitos, en razón de la convivencia hubieren procreado un hijo y alguna de ellas no tuviere la edad requerida para contraer matrimonio o falleciere antes de completar el período de convivencia”

508

Siguiendo el lineamiento del Código de Familia quedan excluidas quedan incluidas las parejas de homosexuales.

Homicidio Criminis Causa.

La evolución legislativa que presenta esta agravante genera una discusión en torno a si estamos ante un concurso de delitos o un delito complejo.

La redacción original de la agravante apunta a la consideración de un delito complejo en tanto que no es el ánimo el hacía fundar la agravante sino el hecho de que el homicidio fuera el medio para el robo. En la segunda reforma a la agravante en el caso de violación se da entender que se trata de un tipo complejo al prescribirse como agravado el homicidio derivado de una violación o de una agresión sexual, lo que tiene una redacción parecida al homicidio con ocasión de robo que regulaba el Art. 241 del derogado Código Penal de 1974.

Ya vista la redacción vigente consideramos que estamos ante un concurso de delitos y no complejo.

La agravante deriva del móvil en sí, no de la verificación objetiva del otro hecho; en esos términos si se establece que se mató para facilitar un robo, hecho que no llegó a la etapa de ejecución; aun cuando no cometido el robo, el homicidio será agravado.

En el fondo se pretende un fin de prevención general con la agravante, en tal sentido pensar que se tiene que cometer el delito buscado sería exigir la comisión del tal para perfilar la agravante.

Conforme lo anterior cuando el homicidio es medio, constituye un delito de pasaje para conformar un concurso ideal de delitos¹⁵.

Hemos de advertir que la disposición legal circunscribe el móvil a determinados delitos de ahí que si se trata de otro por ejemplo se mata a A para facilitar la muerte de B no se incluye en la misma; en tal caso estaremos en la concurrencia de la agravante general Artificio para lograr la impunidad, Art. 30 No 6 literal b) CP.

Los verbos “preparar, facilitar, consumir, para consumir, ... asegurar los resultados” refieren el desarrollo del iter Criminis.

La consideración del concurso hace elevar la pena; pensamos, como ya se ha dicho al analizar el Art. 70 CP. que la configuración del concurso ideal, no implica que la pena mínima a considerar sea la máxima del delito de homicidio agravado, sino que entre el mínimo y máximo del mismo habrá que considerar la respectiva y a ella habrá que hacerle un aumento que puede ser desde una día hasta el tercera parte de la pena de esa pena cuantificada en concreto¹⁶.

En lo relativo al homicidio por despecho en caso de comisión del delito de robo cabría considerar que se trata de un concurso real en tanto que se trata de dos acciones diferenciadas sin que haya una relación de medio a fin, ni de una misma acción.

Analizando la concurrencia del homicidio con la violación Carmona Salgado¹⁷ concluye que si se produce en forma concomitante o con posterioridad a la ejecución habría concurso real, agravando en tal caso al homicidio.

509

Alevosía.

Puede aparecer en cualquier momento de la ejecución del delito, en tal sentido iniciarse la ejecución del hecho alevosamente y que termine sin alevosía, si por ejemplo se dispara contra la víctima, primero a traición, sin alcanzarla y cuando ésta, apercibida se encuentra frente al agresor vuelve éste a disparar, matándola; el hecho debe verse como un todo por ende concurre la agravante.

Deben concurrir tanto el elemento objetivo como subjetivo; es decir que objetivamente existan las circunstancias de indefensión de la víctima, y que se actúe conociendo tal circunstancia. Cuando el Art. 30 No 1 CP dice “... provoca o se aprovecha...” es porque supone el conocimiento.

En el sentido anterior si el sujeto cree actuar sobre seguro cuando objetivamente no lo está, ocurre no se aplica la agravante.

Premeditación.

Esta agravante no debe ser confundida con el dolo. El dolo implica un conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de realizarlo; la premeditación una reflexión

anticipada para realizar lo anterior; por ejemplo en el caso de un homicidio se sabe que se está matando a un ser humano, la planificación ya implica una estrategia anticipada y reflexiva en torno a realizar esa muerte.

Ensañamiento.

En las agravantes generales es nominada sevicia, Art. 30 No 12.

El accionar debe constituir un exceso innecesario, de ahí que si la persistencia en el accionar es propio del hecho como cuando se asestan muchos machetazos o disparos para asegurar el resultado no cabe considerar el ensañamiento. Se discute si puede realizarse por omisión. Bacigalupo¹⁸ sostiene que sí como cuando teniendo la posición de garante se deja morir a otro de hambre o de sed importa un aumento deliberado e inhumano del dolor.

Con veneno u otro medio insidioso.

Históricamente, en los momentos en que la toxicología no tenía progresos, esta causal tuvo mucha importancia ante la dificultad de probar la causa de la muerte.

510 Un sector considera que el concepto de veneno abarca cualquier sustancia capaz de ser suministrada de forma engañosa y de efecto destructivo en el organismo, por lo que son veneno no sólo las sustancias que actúan químicamente en el organismo de una manera anormal e incompatible con la salud de la vida; sino las que provocan un efecto físico (vidrio molido); otro sector excluye a las sustancias cuyo contacto con el ser humano pueden causar la muerte pero sin tener per se carácter homicida, excluyendo para el caso el vidrio molido, sustancias generadoras de calor en el cuerpo¹⁹.

El veneno puede ser suministrado por vía oral, rectal, vaginal, hipodérmica, respiratoria. Se entiende que el concepto debe ser objetivo, no quedando incluidas sustancias que no causan daño a la generalidad, aunque con relación a algunos pueda dañar: azúcar en un diabético²⁰.

La redacción de la agravante cuando dice “u otro medio insidioso” pareciera indicar que la concurrencia de la agravante exige que el veneno se suministre de manera engañosa, es decir sin que el sujeto se dé cuenta: lo toma, lo inhala, se inyecta, en tal sentido sostiene Creus sostiene “Si tal insidia no está presente... se tratará de un homicidio simple”²¹.

En el marco del iter Criminis se ha considerado que la compra del veneno es un acto preparatorio; pero poner el veneno en la comida ya es acto de ejecución²².

Medios insidiosos.

Implican asechanzas, trampas acciones engañosas en torno a la comisión de un hecho.

Por autoridad civil o militar.

Al entrar en vigencia el Código Penal esta agravante tenía una redacción así: “Cuando fuere ejecutado por Autoridad Civil o Militar, prevaleciéndose de tal calidad”.

Del examen de la variante legislativa podemos observar que en un principio la agravante sólo se refería a autoridades es decir funcionarios que tienen potestades de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos; no quedando comprendidos los agentes de autoridad sino hasta que la vigencia de la reforma a la agravante que hoy se alude.

Siguiendo un criterio de interpretación restrictiva, al incluirse sólo a los agentes de autoridad que según el Art. 39 del Código Penal lo son los miembros de la Policía Nacional Civil, no quedan incluidos algunos agentes que prestan seguridad como los vinculados a las Alcaldía Municipales, los efectivos del ejército Nacional, tampoco los empleados públicos.

Fijación de la pena.

Como respuesta a hechos cometidos se dispuso aumentar drásticamente las penas. Algunos sostienen que en caso de concurrir varias agravantes la consideración de una bastará para calificar el hecho como agravante y las restantes en vez de considerarse como elementos constitutivos del tipo agravado pasan a reintegrarse en su función de agravantes generales.

Algunas ediciones del Código Penal parecen haber tenido error en cuanto a que la nueva pena de treinta a cincuenta años se refiere a todos los numerales del Art. 129²³. La lectura de las reformas dadas permite determinar que cuando se introduce la pena de treinta a cincuenta años existían dos incisos, y el final que era el del homicidio criminis causa es el único que se reforma, por tanto tal pena sólo se refiere al numeral dos del Art. 129 CP. por ende para los numerales 7) al 10) la sanción es de prisión de veinte a veinticinco años, y los casos de los numerales 1), 3,) 4, 5) y 6), prisión de veinticinco a treinta años.

511

129-A

PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN EN EL DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO

La proposición y conspiración en los casos de homicidio agravado serán sancionadas respectivamente, con igual pena que la establecida en el artículo anterior. (13)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La disposición legal establece un régimen de pena desproporcionado en el contexto de la estructura del código, en tanto que a un acto preparatorio se le viene a asignar una pena incluso mayor que la se prescribe para un acto ejecutivo de matar que quede en grado de tentativa, el que tiene una pena oscilable entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo.

Pensamos que la disposición linda la inconstitucionalidad al poder resultar su aplicación contrario al principio de igualdad, pues se dispone que a una persona que realiza un acto preparatorio se le castigará con una mayor pena que el que realiza el acto ejecutivo.

En el orden de lo anterior si ya existe una penalidad fijada para el delito tentado según lo dispuesto por el Art. 68 CP. cabrá por los jueces aplicar tal pena a cualquier actividad de matar sin resultado muerte, alternativa que permite una interpretación conforme a la Constitución.

En el marco de la inaplicabilidad de la pena cabrá considerar vigente la pena del delito tentado entendiendo que el legislador ha querido ampliar el espectro de punibilidad en el ámbito de la tutela de la vida.

512

No existe en este caso un marco de punibilidad previa que permite dar cabida a la reminiscencia, figura consistente en dar vigencia un marco de penalidad en atención a la consideración inconstitucional de un marco punitivo posterior.

El legislador tiene la facultad atendiendo al tipo de bien jurídico –la vida lo justifica- para optar sancionar un acto preparatorio; será papel del juez determinar en el caso concreto si se cumple la lesividad, condición sin la cual el poder punitivo no tiene cabida, Art. 3 CP.

130

HOMICIDIO PIADOSO

El homicidio causado por móviles de piedad, con el fin de acelerar una muerte inminente o poner fin a graves padecimientos, será sancionado con prisión de uno a cinco años siempre que concurren los requisitos siguientes:

- 1) Que la víctima se encontrare en un estado de desesperación por sufrimientos observables, que fueren conocidos públicamente y que la opinión de los médicos que la asistan así lo hubiere manifestado;**
- 2) Que el sujeto activo estuviere ligado por algún vínculo familiar, amistad íntima o de amor con el enfermo; y,**
- 3) Que el sujeto pasivo demostrare su deseo de morir por manifestaciones externas de ruegos reiterados y expresos.**

513

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el mismo del artículo 128, aunque se ha dicho que, en el presente caso, la característica propia del bien jurídico protegido es que la vida no es querida por aquel que es su titular.

B) SUJETOS

Sujeto activo de esta forma de homicidio atenuado puede ser cualquier persona, siempre que esté presente la relación con el sujeto pasivo definida en el número 2 del artículo: vínculo familiar, amistad íntima o amor.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona que tenga la relación dicha con el sujeto activo y que, además, se encuentre en la situación típica descrita en la ley. El punto central es esta situación, que debe producir al sujeto pasivo sufrimientos, es decir, padecimientos o dolores, que deben ser susceptibles de observación, exigencia esta que restringe, si es que no llega a impedir, la apreciación de los sufrimientos morales, que deben ser de público conocimiento, de modo que tiene que existir en las personas del círculo más próximo al sujeto pasivo un estado de certeza acerca de la existencia de estos sufrimientos, y, por fin, ratificados por los médicos que le presten asistencia.

La ley exige que estos sufrimientos hayan llevado a la víctima a un estado de desesperación, lo que se podría entender como una situación de falta de esperanza para su vida, no obstante, esto haría el tipo casi inaplicable, salvo en supuestos extremos para la vida, ya casi en la agonía, por lo que parece más acorde con la finalidad legal poner tal desesperación en conexión con los sufrimientos, como falta de esperanza en el cese de estos. En este mismo sentido, la ley exige que el sujeto activo cause la muerte para acelerar una muerte inminente o para finalizar graves padecimientos.

Es necesario que el sujeto pasivo haya demostrado su voluntad de morir a través de ruegos reiterados y expresos. La reiteración en la petición de muerte hace necesaria más de una solicitud, por lo que el propósito de fallecer debe ser persistente y, por tanto, no fruto de un sólo instante, y, al ser expreso, el ruego debe ser directo, formulado por cualquier vía inequívoca, sin que sean admisibles en el supuesto atenuado actuaciones homicidas basadas en ruegos presuntos o genéricos.

C) CONDUCTA TIPICA

514 La conducta típica puede ser realizada por cualquier vía. La cuestión fundamental en estos supuestos de eutanasia es saber si se castiga sólo la eutanasia activa, o si también se castiga la eutanasia pasiva, entendiendo por ésta la omisión del tratamiento que, sin ninguna eficacia curativa, sólo consigue la prolongación artificial de la vida del paciente, ya que el tipo describe la conducta como “el homicidio causado”. Solo cabe hablar de causación cuando se hace mención a una conducta positiva, pues sólo estas producen resultados y cuando se castiga una omisión, se está castigando un supuesto en el que una persona no ha impedido, debiendo hacerlo, un resultado producido por otras causas. En los supuestos de eutanasia pasiva no se produce una acción positiva, sino que, en realidad, hay una omisión, se deja de prestar un tratamiento. Sobre esta base cabe afirmar que la eutanasia pasiva no produce la muerte del paciente, limitándose a no impedir su fallecimiento, causado por la patología que le afecta y cabe afirmar que es impune la eutanasia pasiva. Igualmente serán impunes los casos de ortotanasia, en los que el tratamiento sólo tiene por finalidad aliviar los dolores del paciente, sin que se produzca un acortamiento relevante en la vida de este.

D) TIPO SUBJETIVO

En el tipo subjetivo, además del dolo directo, es precisa la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo, descrito como la existencia de móviles de piedad, siendo la finalidad del comportamiento el acelerar la muerte inminente o poner fin a los sufrimientos, por lo que no procede la atenuación cuando haya móviles distintos, como el lograr una ventaja económica.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Este es un delito de resultado, cuya consumación requiere que se produzca la muerte del sujeto pasivo, por lo que cabe el castigo del delito intentado.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Esta disposición indica una clara posición del legislador de rechazo a la Eutanasia, con lo que no se le otorga valor a la disposición que una persona haga de su vida para que otro le ponga fin.

La disposición legal limita el universo de los sujetos activos que pueden resultar beneficiados con la aplicación de la atenuante en tanto que se refiere a personas vinculadas por parentesco, amistad o amor con el enfermo, quedando excluidos los médicos, paramédicos o enfermeras que no entren en las anteriores categorías.

Roxin entiende por eutanasia "...la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presenta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones"²⁴.

515

Se clasifica la eutanasia así: 1) eutanasia pasiva cuando una persona -médico o sus ayudantes, pariente- que se encuentra al cuidado de otra, omite alargar una vida que está llegando a su fin. Aquí cabe aludir a tres aspectos: omisión de las medidas que alargan la vida que puede suceder de acuerdo con el deseo del paciente o contra su voluntad; el tercer caso es aquél en la que el paciente se encuentra ya en una situación en la que no puede expresarse; 2) indirecta: cuando se administran calmantes con la intención principal de aliviar los dolores, aunque conociendo que ello puede traer como consecuencia secundaria, pero prácticamente segura, la anticipación de la muerte; 3) directa: cuando existe el propósito de causar la muerte de la paciente, y para ello se le administra, por ejemplo una sobredosis de morfina²⁵.

Gran parte de la doctrina extranjera admite la impunidad de la eutanasia directa pues junto a la voluntad del paciente orientada a un resultado concreto, se añade la consideración de que dado el caso, el deber de alargar la conservación de la vida cede frente a la obligación de atenuar el sufrimiento; en el sentido se estima socialmente adecuada.

Refiriéndose a la Eutanasia el Tribunal Supremo Federal de Alemania en noviembre de 1996 ha resuelto: "Una medicación destinada a aliviar el dolor expedida por un facultativo en correspondencia con la voluntad declarada o presunta del paciente, no resulta

inadmisible en un moribundo aunque de modo inintencionado aquélla suponga como consecuencia inevitable la conformidad con la aceleración del proceso mortal" (BGHST 42, 301), citada por Roxin en "Tratamiento..."

131

INDUCCIÓN O AYUDA AL SUICIDIO

El que indujere a otro al suicidio o le prestare ayuda para cometerlo, si ocurriere la muerte, será sancionado con prisión de dos a cinco años.

516 El suicidio, como ataque a la propia vida es, en si mismo, impune, pues la pena carece de sentido, ya que quien es capaz de atentar contra su vida no se sentirá intimidado por ninguna amenaza del ordenamiento. Esto no quiere decir que el suicidio sea indiferente para el ordenamiento, como queda claramente demostrado por el hecho de la existencia del artículo 131, ya que la ley rechaza el suicidio tanto por estimar que la vida no es un derecho disponible libremente por sus titulares cuanto por considerar el suicidio como un resultado no querido al responder a una incorrecta socialización y representar una situación psicológica defectuosa y, por tanto, rechazable. Por tal motivo el ordenamiento rechaza que la impunidad del suicidio beneficie a personas distintas del suicida, tipificándose en este artículo unas formas de participación que, en otro caso, serían impunes por aplicación del carácter accesorio de la participación.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

La postura mayoritaria sostiene que es la vida, como valor absoluto y realidad biológica, aunque se ha dicho que es más correcto definir este bien jurídicamente protegido como la vida no deseada por su titular.

B) ELEMENTOS COMUNES

a) La muerte del sujeto pasivo. Tanto la conducta de la inducción como la conducta del auxilio requieren la muerte del suicida para estar consumadas.

b) Concepto de suicidio. Es generalmente aceptado el concepto según el cual el suicidio es "la muerte querida de una persona imputable", concepto éste que requiere, en primer lugar, que se produzca efectivamente una muerte, en segundo lugar que tal

muerte sea voluntaria y, en tercer lugar que la persona que acepta su muerte tenga capacidad para decidir sobre tan importante extremo. Esta capacidad requerirá que ese ser humano sea mayor de edad, que no sufra enfermedad mental o alteración que le predisponga al suicidio y, por fin, que el consentimiento no sea arrancado mediante violencia, engaño u otro vicio.

Cuando no concurren estos elementos no se puede hablar de suicidio y si una persona induce a quien no puede consentir su muerte a causársela, no responderá por el artículo 131, sino que debe imputársele por autoría mediata de un homicidio, pues el que se causa la muerte en tal caso no es una persona libre sino un instrumento utilizado contra si mismo.

C) CONDUCTA TIPICA

a) Inducción al suicidio. El concepto de inducción es el mismo recogido en el artículo 35 del Código Penal. Por tanto es la persuasión directa y eficaz realizada por cualquier medio y que hace nacer la voluntad, en este caso, del suicidio, lo que exige:

1. Una actuación positiva, por lo que no cabe la inducción por omisión.
2. Una actuación moral y no material, pues esta llevaría a que la conducta fuera cooperación.
3. Una actuación eficaz, es decir, que haya hecho nacer la resolución suicida, pues si esta ya existía y el sujeto solo la fortalece, la conducta será constitutiva de cooperación.
4. Una actuación directa, realizada sobre persona determinada, pues un comportamiento dirigido a personas indeterminadas es atípico.

517

Como ya se ha dicho anteriormente esta inducción debe realizarse respecto de una persona imputable, que psíquicamente esté dentro de los parámetros de normalidad, que debe ser quien controle el hecho central.

b) Ayuda al suicidio. Dentro del concepto de ayuda al suicidio se contemplan tanto los actos de cooperación necesaria como los de mera complicidad, contemplados en los dos incisos del artículo 36, siendo posible la cooperación material o la moral, como en este último caso, dar consejos acerca de la mejor manera de ejecutar el suicidio.

Se ha discutido mucho acerca de si estos actos de cooperación, que, evidentemente, se pueden realizar de modo activo, también pueden llevarse a cabo por omisión, y, en tal caso, en qué condiciones, lo que, en definitiva, supone decidir si se puede castigar por aplicación de este precepto a quien no impide a una persona que se suicide y si para castigar a una persona por cooperar por omisión al suicidio de otro es preciso el cumplimiento de los requisitos de la comisión por omisión. En general, se admite que se puede ayudar a otra persona a suicidarse tanto con un acto positivo como con una omisión, pero, mientras que los que creen que la muerte del suicida es el resultado del comportamiento del sujeto activo exigen la concurrencia de los elementos del artículo 20 del Código Penal, los que estiman que tal muerte es una condición objetiva de punibilidad, entienden que no es necesario el cumplimiento de esos requisitos, pues, para ellos, no estamos ante un delito de resultado.

D) TIPO SUBJETIVO

En el tipo subjetivo solo cabe el dolo directo, no siendo posible el eventual, pues no lo permiten las características de la inducción o del auxilio.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

518

No se ha llegado a un acuerdo acerca de si la muerte del suicida es el resultado del delito o una condición objetiva de punibilidad, para los que definen la muerte del suicida como el resultado del delito, caben las formas de tentativa en los casos en los que el suicida comience la ejecución pero no llegue a producirse la muerte y para el resto de los autores solo es posible castigar el delito consumado.

F) PARTICIPACION

No es posible la participación en la participación, por lo que no caben ayudas o inducciones a la ayuda o a la inducción, salvo que puedan ser penas como inducciones o ayudas autónomas.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El carácter absoluto de esta disposición sin indicar excepciones es indicativo del rechazo del legislador a cualquier forma de contribución a la muerte de cualquier persona aun para poner fin a los sufrimientos por los quebrantos de su salud.

Cualquier actividad de quien se suicida es impune, de ahí que para soslayar los problemas que traería la accesoriedad y punir al partícipe se recurre a una figura autónoma en el caso de quien instiga o ayuda al suicidio.

En Alemania es impune este tipo de delito²⁶, pero ello debe partir de que se trate de un suicidio responsable, no operando cuando se proporciona ayuda a una persona aquejada de una psicosis con peligrosas tendencias suicidas, situación en la cual se castiga como homicidio; en tal caso para definir ese concepto de responsable Roxin acude a las reglas de la inimputabilidad.

Debe existir una relación causal, de ahí que si la víctima estaba decidida a matarse no existe la instigación aunque ante el reforzamiento del propósito suicida se podría establecer un auxilio moral al suicidio.

El auxilio puede ser material (entrega de la pistola, tubo de barbitúricos); o moral (palabras de apoyo que refuerzan la actitud suicida ya tomada).

Debe advertirse que parte de la doctrina estima que esta instigación coincide con la instigación a que refiere la parte general²⁷; otra parte sostiene lo contrario.

519

Parte de la doctrina sostiene que puede ayudarse al suicidio por omisión, cuando el sujeto se encuentra en posición de garante²⁸; otro sector la admite cuando pueda demostrarse que el sujeto por su omisión contribuyó decisiva o definitivamente a la formación de la voluntad suicida.; otro sector estima que el garante ha de responder por homicidio si no evita el homicidio²⁹.

En caso de existir engaño como cuando el médico falsamente le dice al paciente que padece de un cáncer incurable; un sector sostiene que hay ayuda al suicidio, otros dicen hay autoría mediata en homicidio³⁰; un tercer sector considera impune el hecho estimando que no hay autoría en tanto el médico no ostenta el dominio del hecho; ni inducción al suicidio en tanto que no le está indicando que se suicide.

Pero se advierte que si la víctima es inimputable habría homicidio en autoría mediata³¹, de ahí que es válida la anterior idea de que la imputabilidad constituye uno de los requisitos del delito.

Se admite el delito por omisión como cuando se ha creado previamente una situación de peligro que lo vuelve garante (injerencia). En caso de no existir la posición de garante y existe pasividad como cuando no se corta la soga del ahorcado aun vivo se castiga el hecho como omisión del deber de socorro. En sentido contrario Gimbernat³² sostiene

que si es la propia víctima la que se mata a pesar de la omisión y de la posición de garante, la inactividad nunca podrá equivaler a la forma activa. Agrega que sería una verdadera paradoja si el garante hace lo más grave (le da la pistola) responde por inducción al suicidio y si hace lo menos grave y si no hace nada por homicidio.

En el caso de las huelgas de hambre, el sujeto por pérdida de conciencia o debilitamiento de la misma no esté en condiciones de decidir libremente y haya inminente peligro de muerte, si se da la no prestación del auxilio médico con la consiguiente muerte, según Muñoz Conde³³ hay homicidio y no cooperación en tanto la Administración Penitenciaria es la única que está en condiciones de prestarle ayuda. En este caso se duda que es lo realmente querido por el reo por lo que ante la duda el caso debe resolverse a favor de la vida.

En el caso del médico se dice que no puede aceptarse suicidio sino el homicidio en comisión por omisión en tanto que el tiene el deber de suministrar la medicina y la posición de garante respecto a la vida del que quiere morir.

Se considera que no es político criminalmente conveniente declarar impune la conducta colaborativa con el suicidio por los intereses que pueden existir de por medio, venta de órganos, problemas de prueba manipulación del consentimiento.

520

Claro todo lo anterior sin perjuicio de casos extremos en que puede operar atenuantes, o la exclusión de la culpabilidad fundada en la no exigibilidad, un estado de necesidad por la vía de colisión de deberes ante el deber de respetar la vida versus deber de eliminar el sufrimiento³⁴.

Es discutible si la tentativa debe sancionarse; pensamos que el resultado no forma parte de las condiciones del tipo, y por otro si consideramos que no cabe formas de participación tentada con mucho más razón no cabe punir la tentativa de inducción al suicidio³⁵.

132

HOMICIDIO CULPOSO

El homicidio culposo será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

Cuando el homicidio culposo se cometiere mediante la conducción de un vehículo, se impondrá así mismo la pena de privación del derecho a conducir o a obtener la licencia respectiva por un término de dos a cuatro años cuando ello sea requerido.

Si la muerte culposa se produjere como consecuencia del ejercicio de una profesión o actividad médica o paramédica, se impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de tal profesión o actividad por un término de dos a cuatro años.

No existe especialidad ninguna respecto de las normas generales en estas infracciones culposas constitutivas de homicidio.

521

Es, por tanto, necesario para la existencia de la infracción:

- A) Que el sujeto activo lleve a cabo una acción peligrosa para la vida de alguna persona, siendo previsible así, objetiva y subjetivamente, que se pueda producir la muerte de este ser humano.
- B) Que la realización de esa acción no observe la diligencia debida para evitar que se produzca tal fallecimiento.
- C) Que el fallecimiento sea objetivamente imputable a la infracción del deber objetivo de cuidado realizado por el sujeto activo.

Es importante recordar que, aunque haya una sola acción imprudente, grave o leve, existirán tantos delitos o faltas de homicidio imprudente cuantas sean las muertes producidas.

El artículo 132, inciso tercero, prevé una agravación para la pena cuando el homicidio culposo se produce por en el ejercicio de una profesión o actividad médica o paramédica. A la hora de determinar cuáles sean las características de esta clase de imprudencia, hay acuerdo general en que no se trata de una agravación subjetiva, que operaría por

el simple hecho de que el sujeto activo sea profesional de una determinada actividad, sino que, en realidad, es una agravación de tipo objetivo, por lo que es necesario separar la culpa del profesional de la culpa profesional, siendo la primera de ellas la imprudencia a la que nos hemos venido refiriendo hasta aquí como imprudencia común con la sola característica de que la realiza un profesional de alguna disciplina, y no da lugar a la agravación que ahora comentamos, mientras que la segunda, la imprudencia profesional sí constituye la agravación y su centro es la impericia, bien porque el profesional ignorase los requisitos esenciales de su profesión, bien porque, teniendo esos conocimientos, realice defectuosamente un acto profesional.

Cuando la muerte culposa se haya producido con vehículo dará lugar a la aplicación de las penas de privación del derecho a conducir o de la obtención de la licencia.

JURISPRUDENCIA.

522

“... Necesidad de las penas ... sí bien se prevé la posibilidad de imponer otras penas ... no corresponde la relativa a la privación del permiso de conducir vehículo, ni lo relativo a la pérdida del derecho a ejercer u optar a cualquier cargo o empleo público o distinción honorífica; en el primer caso, atendiendo a que nunca fue requerido en el juicio y no ser necesaria tal tipo de pena, dada la actividad económica la imputada y que no revela una actividad reiterada demostrativa de negligencia; en el segundo caso, también se estima innecesario atendiendo a que se está ante un hecho culposo en que no se revela ningún tipo de perversidad delincuencia”. (T.S. 6° S.S., 15-01-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Cuando se trata de homicidio doloso y es en ejercicio de alguna profesión puede caber la inhabilitación especial respectiva; pero cuando se trata de conducción de vehículo ningún precepto relativo al homicidio doloso indica la privación del derecho de conducir vehículo; es más el numeral 4) del Art. 46 limita tal pena a los casos especialmente determinados por la ley; por lo que en consonancia con el Art. 1 CP. no cabe imponer más penas que las establecidas por la ley.

Naturalmente que si el homicidio con vehículo es doloso puede llevar ello aparejada la pena del comiso en los términos indicados por el Art. 127 CP.

Atendiendo a la naturaleza de este delito es preciso que el juzgador juzgue la necesidad de las penas accesorias, en razón a que por un hecho aislado una persona imputada puede quedar desproporcionadamente afectada al privársele de su actividad laboral, como cuando se trata del médico o de un conductor que precisamente su trabajo es,

curar, conducir un vehículo, según el caso. Precisa aquí considerar que el mínimo de la pena accesoria es dos años, lo que es nuestra realidad atendiendo a las precarias condiciones económicas es demasiado.

El Derecho Penal tiene un fin utilitario, la imposición de la pena accesoria puede traer efectos más nocivos derivados de la privación de la actividad laboral de una persona que repercuten no sólo en él sino además en su familia, por consiguiente estimamos que bajo un criterio acorde a lo dispuesto en el Art. 27 Cn. el juzgador aun probado el hecho culposo debe analizar la necesidad, y de no existirla prescindir de ella. A nuestro juicio una conducta gravemente temeraria que resulte imprudentemente reiterada podría justificar la pena.

CAPÍTULO II

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA VIDA DEL SER HUMANO EN FORMACIÓN

Bajo esta rúbrica se castigan en el Capítulo II del Título I del Libro II del Código Penal una serie de conductas que afectan a la vida de los seres humanos todavía no nacidos, vida del feto o esperanza de vida, entre otras denominaciones.

CUESTIONES COMUNES A TODOS LOS TIPOS DE ABORTO

A) CONCEPTO

El aborto es la destrucción o muerte del feto, bien en el interior del seno materno, bien provocando su expulsión prematura. No constituyen aborto la destrucción del embrión o feto fuera del vientre de la madre tras un aborto espontáneo ni tampoco la interrupción de procesos patológicos, como los embarazos extrauterinos.

524

B) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es la vida humana todavía no nacida, llamada vida humana dependiente, en formación o prenatal.

C) SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo puede ser mencionado de muchas maneras: el feto, el fruto de la concepción o el nasciturus.

D) OBJETO MATERIAL

Es, en la forma más aceptada, el producto de la concepción.

1. Sólo puede cometerse aborto, pues sólo hay objeto material de este delito cuando la fecundación ha dado lugar a un proceso fisiológico de gestación, no cuando se ha producido un proceso patológico.

2. El producto de la concepción debe estar vivo, entendiendo cumplido este requisito cuando tiene existencia biológica propia y viabilidad intrauterina, es decir, cuando tiene capacidad fisiológica para nacer vivo. Por tanto no hay aborto, por no existir objeto

material de este delito, en los casos de expulsión provocada de un feto ya muerto por causas naturales, ni tampoco, en los casos de destrucción de fetos inviables, es decir, que nunca llegarán a poder nacer vivos. Esta es una de las principales diferencias entre el delito de aborto y el delito de homicidio, pues en aquel no se protege al feto inviable, que no pueda nacer vivo, mientras que en el homicidio se protege a la persona ya nacida cuya existencia resulte viable o no. Más complejos son los casos en los que hay muy altas probabilidades de que el producto de la concepción vaya a morir antes de nacer, pero no haya total seguridad. Tal ocurre en el caso de la mola, entendiendo por tal el óvulo fecundado y abortivo que, en vez de generar y morir se hace parásito de la sangre de la madre, aunque en este caso todos los autores lo equiparan al de feto muerto y niegan que haya objeto material del delito. También es problemático el caso del embarazo ectópico, que es aquel en el que el óvulo fecundado anida y se desarrolla fuera del útero de la embarazada, caso en el que la opinión más extendida sostiene que, si en dictamen médico, como es lo más frecuente, sostiene que el embarazo no podrá llegar a buen fin, no habrá objeto material de aborto.

3. Es necesario fijar un momento a partir del cual se entienda que la mujer está embarazada y, por tanto, a partir del cual exista el objeto material del aborto, habiendo existido controversia entre la fecundación, momento de unión del óvulo y el espermatozoide, y la anidación, momento en el que el óvulo fecundado se une a la pared del útero. Hoy está aceptado mayoritariamente que el criterio de la fecundación es demasiado inseguro, pues, por causas naturales, la mitad de los óvulos fecundados no anidan y son expulsados naturalmente, lo que obliga a aceptar el criterio de la anidación que, además, es el momento en el que se inicia el proceso fisiológico de gestación, cuya interrupción es el aborto. En cuanto al final del objeto material del aborto se produce con el nacimiento, cuya producción ya ha sido considerada al hablar del objeto material del delito de homicidio.

525

133

ABORTO CONSENTIDO Y PROPIO

El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años.

Se castigan en este precepto tres diferentes comportamientos:

A) Aborto cometido dolosamente por persona distinta de la embarazada y con consentimiento de esta: “El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer...”

Sujeto activo de este delito es sólo quien practica un aborto con consentimiento de la embarazada. La conducta de la embarazada, que es también punible, se castiga a continuación en el mismo artículo.

El precepto prohíbe la causación del resultado consistente en el aborto por cualquier medio, sea activo u omisivo, siempre que, en este caso, se cumplan las condiciones del artículo 20 del Código Penal.

Al ser un delito de resultado es también posible la tentativa y cabe dolo directo o eventual, aunque este será difícil, pues, al existir acuerdo, lo normal es que haya dolo directo.

B) Aborto realizado dolosamente en si misma por la embarazada: “...la mujer que provocare su propio aborto...”

526 La conducta castiga a la mujer embarazada que, dolosamente y por cualquier medio, se produzca a si misma el aborto. De este comportamiento sólo puede ser autora la propia embarazada, aunque en él pueden participar, como instigadores o cómplices otras personas.

C) Consentimiento prestado por la embarazada para que otra persona le practique el aborto: “...consintiere que otra persona se lo practicare...”

La conducta castiga a la mujer que presta consentimiento válido para que otro le practique un aborto. No constituye este delito la prestación de consentimiento mediante violencia, amenaza o engaño ni tampoco la prestación de consentimiento por mujer enajenada, etc.. La conducta no está consumada con la simple prestación del consentimiento, sino que, para que el delito esté consumado, es preciso que se produzca la efectiva destrucción del feto, pues la pena es la misma en las tres modalidades y es evidente que en las dos anteriores el delito sólo se consuma con la destrucción del feto.

Las dos últimas conductas son un tipo mixto alternativo, de modo que, si una mujer se practica un autoaborto y, además, consiente en que otro se lo practique, sólo es responsable de un delito.

JURISPRUDENCIA.

“El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, de tal manera que hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión, que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto”. (T.S. 2° S.S., 29-11-01)

“La acción de estrangular a la mujer embarazada conociendo su estado y que con ello se provocaría la muerte del feto es, a todas luces, una única acción que produce la muerte de la mujer embarazada y la de su hijo. Dolo directo, respecto a la primera, y dolo de consecuencias necesarias respecto al delito de aborto, porque el agente sabe que con su acción se va a producir necesariamente el resultado, ya que la muerte de la madre llevaría como accesoria la muerte del feto, al conocer su estado de gravidez. La consecuencia accesoria es necesaria aunque no deseada. En tanto conocida como necesaria, sin embargo, es suficiente para considerar que ha sido dolosamente producida.” (T.S. 2° S.S., 04-03-02)

527

“Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del “nasciturus”. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del “nasciturus”, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos... se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del “nasciturus”. En este supuesto es de observar que 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...En cuanto ...-que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las 12 primeras semanas-basta considerar que 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 el 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 considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u 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”. STC Pleno, S 11-04-1985.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Valgan las consideraciones en el homicidio para determinar el momento del nacimiento, en tanto que antes de éste cabe considerar el hecho como aborto y si es después como homicidio.

En la acción dirigida a la muerte del feto pueden observarse diversas formas:

- a) Dilatación y legrado: aquí el agente paraliza el músculo cervical (ubícalo a la entrada del útero) luego se estira hasta que se abre; con la introducción de un instrumento en forma de cacharrillo se hace pedazos el feto y se desprende del útero.
- b) Succión. Se succiona hasta destrozar el feto y placenta, luego la máquina los absorbe.
- c) Histerortomía. Aperturquirurgica del abdomen de la madre luego extracción del feto.
- d) Envenenamiento: inyección de una solución concentrada de sal o de otro producto deletéreo para el feto, el que al respirarlo respira y traga; finalmente hay expulsión del feto muerto.

Objeto Material.

Es importante considerar que por reforma constitucional dada por el D.L. 541 del 3 de febrero de 1999 PUBLICADO EN EL D.O. DEL 16 DE FEBRERO DE 1999 al Art. 1 de la Cn. se le adicionó un inciso segundo así: “Asimismo reconoce como persona humana todo ser humano desde el instante de la concepción”. en el mismo sentido el Art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

La disposición precitada pareciera indicar que cualquier actividad realizada en el feto constituye homicidio. Hemos de entender que no es el concepto de persona el norte para delimitar el homicidio del aborto, sino el nacimiento. En razón de lo anterior no cabe considerar como impune las conductas constitutivas de aborto como algunos han entendido.

El considerar como persona al feto no es óbice para estimarlo como objeto material del aborto.

En principio las disposiciones legales definen la concepción como el momento a partir del cual existe objeto material es decir puede haber aborto por ende un adelantamiento extremado en la protección penal de las personas cuando son feto, y en alguna medida extremista en la libertad de decisión de una mujer en un momento próximo al de la concepción³⁶.

López de Lemus estima como objeto material de este delito “la vida no independizada en todos sus estados de desarrollo, desde el momento de la concepción....”³⁷.

La regulación anterior es totalmente contradictoria aun con los mismos planes del Ministerio de Salud en los casos de violación en que se recomiendan mecanismos tendientes a evitar la gestación del feto; o del tratamiento a las mujeres violadas.

529

Ciertamente la protección legal tiene un momento preciso, y es la concepción. Lo anterior no debe significar que el contenido del objeto material arranca desde la concepción, la misma práctica de la realidad así lo indica en tanto que demográficamente se promueven mecanismos abortivos en un estadio extremadamente cercano ala relación sexual. Por lo que algún sector acepta desde la anidación la protección por la vía del delito de aborto.

Se entiende por concepción el momento de la fecundación que corresponde a la unión del óvulo con el espermatozoide; anidación es el momento en que el óvulo fecundado se implanta en el útero materno.

Pero algo importante a tomar en cuenta en esta discusión es el hecho de que científicamente es imposible constatar la viabilidad del producto de la concepción, no sabemos si en verdad una actividad abortiva en un momento próximo a la concepción constituya una verdadera lesión a bien jurídico alguno. En esos términos más bien es de considerar una etapa en que es científicamente segura la existencia de una criatura viable; por lo anterior con un mayor grado de seguridad se puede estimar la viabilidad

a partir de la anidación por ende el momento a partir del cual la protección penal a través del aborto pueda darse.

Es de considerar que ante el alto porcentaje de posibilidades que causas naturales sean las que determinen el fin de la vida del producto de la concepción, será difícil determinar que una actividad abortiva humana sea la que produjo la muerte. En otras palabras la imputación objetiva tendrá en tal caso dificultades; al no ser clara la causalidad no cumpliendo ni siquiera el requisito de la equivalencia de las condiciones. Talvez si la ciencia fuera capaz de demostrar la viabilidad habría condiciones para constatar la lesividad.

El Derecho Penal recurre entre las materias auxiliares a las ciencias naturales; el auxilio debe partir de una información certera; por consiguiente si las ciencias naturales son incapaces de determinar la viabilidad del producto al momento de la concepción con mucha mayor razón no puede el derecho penal establecer sancionar a partir de ese momento.

Tanto razones de conveniencia como científicas coinciden a estimar un mente posterior como es la anidación para la intervención penal a través del aborto.

530

A pesar de lo expuesto pensamos que en la medida en que los estudios científicos resulten certeros, pueda ser el momento de la concepción el principio de la punición por la vía del aborto.

Bien Jurídico.

La perfil acción delictiva exige la lesión o puesta en peligro de al vida del feto. En el sentido anterior en razón de la limitante del principio de lesividad no existe delito de aborto cuando se simula una acción a los efectos de descubrir la existencia de una clínica abortiva, como cuando una mujer en convenio con la policía simula pedir le practiquen aborto con el fin de descubrir.

Con lo anterior queremos advertir que la anterior acción por sí sola no determina la existencia del hecho, aunque si puede constituir un elemento de prueba importante para esclarecer otros hechos de aborto.

Aborto y Fecundación In Vitro.

La fecundación in vitro se realiza en el laboratorio pero en condiciones adecuadas poniendo en contacto óvulos con espermatozoides, uno de los cuales fertiliza.

Debe entenderse que la regulación penal del aborto se refiere a vida intrauterina, no extrauterina por ende queda cualquier actividad en torno al producto de esa actividad en el marco del aborto.

En el caso costarricense la Sala Constitucional ha resuelto: “La aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana”.

Aborto y Excluyente.

A diferencia del Código Penal de 1974 el Código Penal vigente no prevé ningún tipo de excluyente (el anteproyecto de Código si contemplaba las exclusiones: peligro de vida de la madre, violación o inseminación artificial, taras físicas o psíquicas).

La protección penal del producto de la concepción tiene especial particularidad derivado ello del hecho que su vida tiene contacto con bienes jurídicos de la embarazada, a falta de tal contacto la problemática en este torno sería menos complicada.

La discusión doctrinaria gira en torno la discusión de algunos supuestos de exclusión: a) la solución de las indicaciones: indicación terapéutica o médica (embarazo que pone en peligro la vida de la madre), indicación ética (violación), indicación eugenésica (determinación que el niño nacerá con graves taras físicas o psíquicas; indicación social (evitar una situación angustiosa de necesidad de la embarazada); solución del plazo: en algunas legislaciones se suele autorizar durante las primeras doce semanas, basados en que hasta entonces el embrión carece de capacidad cerebral, y apenas supone un riesgo para la embarazada.

531

En el sentido anterior se ha aceptado ubicable en estado de necesidad cuando la vida del feto entra en conflicto con la vida de la madre, claro ello ha de suponer un dictamen emitido por un médico de la especialidad distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

Lo anterior ha de suponer un consentimiento informado de la mujer.

Casos de accidentes del embarazo, como el desprendimiento de la placenta, el embarazo extrauterino, en especial el tubárico en que la mujer se encuentre en estado inconsciente exigen actuaciones urgentes, incluso quirúrgicas para salvar la vida de la madre, que pueden en algún momento determinado prescindir del dictamen médico previo y del consentimiento expreso de la mujer, quedan amparados por el Estado de Necesidad.

No se encuentra regulado el caso de la mujer que ha sido objeto de violación; en algunas legislaciones se acepta siempre y cuando lo sea dentro de las primeras doce semanas del embarazo; tampoco el de taras físicas o psíquicas del feto con un grado suficiente de confianza.

La permisión legal de algunos casos de aborto advierte posiciones encontradas desde los que apoyan a nuestra disposición legal³⁸ hasta los que la cuestionan.

134

ABORTO SIN CONSENTIMIENTO

El que provocare un aborto, sin consentimiento de la mujer, será sancionado con prisión de cuatro a diez años.

En la misma pena incurrirá el que practicare el aborto de la mujer, habiendo logrado su consentimiento mediante violencia o engaño.

532

Se trata de un aborto cometido dolosamente por persona distinta de la embarazada y sin consentimiento de esta o con consentimiento inválido.

Se castiga la producción del resultado aborto por cualquier vía, no existiendo dificultades para la comisión por omisión. Es un delito pluriofensivo, que ataca tanto la vida del feto como la libertad de la mujer, que no consiente el aborto. Se comete este delito y no el del artículo 133, cuando la embarazada presta su consentimiento para el aborto pero tal consentimiento es ineficaz, por ejemplo, por tratarse de mujer enajenada. Se contemplan expresamente en el segundo inciso del artículo los casos en los que el consentimiento se obtenga por violencia o engaño, casos en los que podrá haber concurso de delitos con lesiones o coacciones. Caben las formas imperfectas. Es posible tanto el dolo directo como el eventual.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La inexistencia del consentimiento agrega un plus a la mena, lo que implica que la afección a la libertad de decisión de la misma viene a fundamentar la adición de pena.

135

ABORTO AGRAVADO

Si el aborto fuere cometido por médico, farmacéutico o por personas que realizaren actividades auxiliares de las referidas profesiones, cuando se dedicaren a dicha práctica, será sancionado con prisión de seis a doce años. Se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad por el mismo período.

Se produce una agravación por motivos profesionales, que supone la elevación de la pena privativa de libertad y, además, la imposición como principal de la correspondiente pena de inhabilitación especial, en términos similares a los contemplados en el inciso final del artículo 132.

136

533

INDUCCIÓN O AYUDA AL ABORTO

Quien indujere a una mujer o le facilite los medios económicos o de otro tipo para que se practique un aborto, será sancionado con prisión de dos a cinco años.

Si la persona que ayuda o induce al aborto es el progenitor, la sanción se aumentará en una tercera parte de la pena máxima señalada en el inciso anterior.

El precepto contiene una regulación específica de la instigación y de la complicidad, consistente en aportación de recursos económicos o de otra clase de medios, ejercidas exclusivamente respecto de la mujer, regulación que, por tanto, excluye la aplicación de las normas de parte general sobre la materia, atenuando la pena en este caso concreto, frente a la que resultaría aplicable con las normas generales.

Aunque del tenor literal de la norma parece entenderse que cualquier complicidad que no consista en la aportación de medios debería castigarse mediante el recurso a las reglas generales de la complicidad, no debe aceptarse tal conclusión, contradictoria con el principio de proporcionalidad, de modo que toda complicidad debe ser penada por aplicación de este precepto.

En el segundo inciso se permite llegar a la pena de seis años y ocho meses para el progenitor, sin que se diga si es el progenitor de la embarazada o del fruto del embarazo, aunque este segundo entendimiento es el más atendible, visto el contexto del artículo. No se alcanza a entender el motivo de la agravación, ya que el único posible parece derivar de motivos morales ajenos al derecho penal.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

En cuanto a la fijación de pena tomando en cuenta la forma de redacción consideramos que debe serlo sobre la base del tipo concreto, aumentándole en consecuencia el tercio del máximo; en el sentido expuesto habría que fijar a pena del tipo básico y aumentarle hasta en un tercio del máximo, es decir hasta un año ocho meses. Por ejemplo, si se optara imponer tres años por el básico se podría incrementar desde un día hasta cuatro años ocho meses, obviamente que si se impone la máxima (cinco años) la pena podría ser hasta de cinco años ocho meses.

En la interpretación de las reglas de fijación de pena hemos de considerar el principio de proporcionalidad que exige que en atención a la gravedad deba incrementarse la pena de una manera racional.

534

137

ABORTO CULPOSO

El que culposamente provocare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

El aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, y la tentativa de ésta para causar su aborto no serán punibles.

Se trata de un aborto cometido imprudentemente por persona distinta de la embarazada, de modo que, a la vista de la mención final, sujeto activo sólo puede ser alguien distinto de la embarazada, no habiendo especialidad respecto a las normas generales de imprudencia. No se recoge agravación por imprudencia profesional.

En los casos en los que el aborto se produzca a consecuencia de la realización de violencia sobre la embarazada, si, vistas las circunstancias, estas hacían que el aborto

fuera altamente probable, pese a lo cual, el sujeto, asumiendo ese resultado, ejerció la violencia, estaremos ante un aborto doloso del artículo 134, y si, además, las violencias producen la muerte o lesiones a la embarazada, habrá concurso del aborto dicho con la infracción correspondiente de homicidio o lesiones. Si el sujeto usó la violencia sin asumir el resultado de aborto, pese a lo cual este ocurrió, estaremos ante un aborto imprudente, que también entrará en concurso con lesiones u homicidio si estos se han producido.

El inciso final, además de declarar impune el autoaborto culposo, declara impunes los casos de tentativa de autoaborto doloso.

138

LESIONES EN EL NO NACIDO

El que ocasionare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provocare en el mismo una grave tara física o psíquica, será sancionado con prisión de uno a diez años, según la gravedad de la mismas. (11)

535

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es la salud e integridad física del feto.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera en el tipo doloso.

Sujeto pasivo es el feto, entendiendo por este el óvulo fecundado a partir de la anidación y el ser desarrollado desde él hasta el nacimiento. Las conductas agresivas contra el óvulo fecundado antes de su anidación sólo podrán ser castigadas como delito de manipulación genética, si coinciden con las conductas castigadas en los artículos 140 y 141. Las conductas atentatorias a la salud o la integridad después del nacimiento se castigan como delito de lesiones.

C) CONDUCTA TIPICA

Se castiga a quien, por cualquier medio o procedimiento, cause en un feto una lesión o enfermedad que: a) perjudique gravemente su normal desarrollo, o, b) provoque en el mismo una grave tara física o psíquica. La ley no describe los medios comisivos, que pueden ser todos: acciones que incidan directamente sobre el feto durante el embarazo o el parto o acciones indirectas sobre el feto a consecuencia de actuaciones respecto de la embarazada, realizadas directamente o en comisión por omisión, en la que deben concurrir los requisitos del artículo 20. La ley sí describe el resultado de esos comportamientos: debe causar en el feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica. No se castiga causar en el feto una enfermedad o lesión que produzca cualquier resultado, no se castiga perjudicar levemente el desarrollo del feto o una tara leve, solo dichos resultados graves, gravedad que deberá ser determinada por los tribunales, normalmente, a la vista de los correspondientes dictámenes periciales. Los resultados a los que se acaba de hacer referencia tendrán que ser objetivamente imputables a la conducta del sujeto activo, lo que, dado el estado de la ciencia, en el que todavía se desconocen los motivos de muchas malformaciones, enfermedades y taras que se pueden presentar al nacimiento, puede hacer muy difícil o imposible saber si tal consecuencia ha sido provocada por un determinado comportamiento, dificultad que se verá agravada porque la constatación de las lesiones en estos casos solo se podrá hacer después del nacimiento, por lo que habrá un retraso entre la realización de la conducta típica y el inicio de la persecución penal.

536

D) TIPO SUBJETIVO

En el artículo 138 cabe tanto el dolo directo como el eventual, consistente el primero en el conocimiento y voluntad del sujeto activo de que realiza un comportamiento que va a producir en el feto una enfermedad o lesión que va a perjudicar gravemente su normal desarrollo o le va a provocar una grave tara, mientras que el eventual es la aceptación de que esa conducta tiene altas probabilidades de causar esos resultados.

E) JUSTIFICACION

Habrà casos en los que se habrán producido lesiones al feto, de las que, en principio, son castigadas en los preceptos que estamos viendo, pero que no serán constitutivas de delito al estar justificadas por estado de necesidad, al haber sido consecuencia de tratamiento médico al feto o de medios de diagnóstico prenatal. Esta justificación requerirá el consentimiento de la embarazada y que las prácticas de las que se trate sean necesarias para los fines dichos.

F) CONCURSOS

Puede existir problema para diferenciar las lesiones al feto consumadas del aborto intentado, ya que, en estos casos, la única diferencia es el tipo subjetivo, debiendo diferenciarse al igual que el homicidio intentado de las lesiones consumadas. Si el sujeto activo deseaba provocar un aborto pero, pese a su intención, no logra matar al feto, pero sí lesionarle del modo aquí castigado, el hecho será punible como tentativa de aborto, aunque se discute si se puede castigar también por un concurso con el delito de lesiones dolosas al feto.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Esta disposición ha sido reformada (D.L. 703 publicado en D.O. del 4 de octubre de 1999 así: “El que ocasionare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provocare en el mismo una grave tara física o psíquica, será sancionado con prisión de uno a diez años, según la gravedad de las mismas”.

La reforma legal ha implicado ampliar los mínimos y máximo de la pena.

537

Esta disposición legal constituye una novedad, en tanto que el Código Penal de 1974 no contemplaba este delito; es obvio que existía una laguna legal; aunque en su momento, en España en STS 05-04-95 se consideró que podía incluirse en el delito de lesiones.

Un vacío que se percibe de la lectura de la disposición legal es el hecho de que sólo se aplica a las lesiones al feto, quedando la muerte sin valorar en caso ocurrir después del nacimiento, en tanto que la misma se produce cuando se ha dado el nacimiento en condiciones de viabilidad; no se puede atribuir homicidio, al haberse efectuado la acción lesiva cuando no se había dado el nacimiento³⁹.

Otro aspecto es el relacionado a una actividad muy próxima al momento de la concepción. En atención a que en el momento de la fecundación se perfila un estadio prematuro y que la anidación del óvulo fecundado determina un estadio más seguro para la intervención del derecho penal, se estima por Muñoz Conde⁴⁰ que cualquier maniobra anterior a la anidación es calificable como Manipulación Genética.

En el aspecto de la imputación del resultado a la acción cabrá tomar además en cuenta la dificultad derivada del hecho que en el resultado pueden converger varios factores unos atribuibles a actos humanos (culpables o dolosos) y otros a las propias leyes de la

naturaleza; en lo anterior será de gran importancia considerar los aspectos de la imputación objetiva.

Se exige un alto margen de gravedad en las lesiones, de ahí que las que sean de carácter leve no se contemplan en esta disposición.

139

LESIONES CULPOSAS EN EL NO NACIDO

El que culposamente ocasionare las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

La embarazada no será penada al tenor de este precepto.

El precepto es idéntico al anterior, por lo que nos remitimos a su comentario, con dos salvedades:

538

- A) El sujeto activo, en este tipo imprudente, puede ser cualquiera menos la embarazada, a la que el inciso segundo excluye de castigo por este comportamiento.
- B) En el artículo 139 el tipo subjetivo requiere imprudencia, bien en su modalidad ordinaria, o bien, en la modalidad profesional, sin que esta circunstancia suponga agravación en la penalidad.

140

MANIPULACIÓN GENÉTICA

El que con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulare genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, será sancionado con prisión de tres a seis años.

En la misma pena incurrirá el que experimentare o manipulare clonación con células humanas, con fines de reproducción humana.

La aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo, sin consentimiento de los progenitores, será sancionada con prisión de seis meses a un año e inhabilitación especial de profesión u oficio de seis meses a dos años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Vista la disparidad de los tipos contenidos en los diferentes incisos, no cabe hablar de un solo bien jurídico protegido común a todos ellos, pero sí cabe definir un bien jurídico en cada tipo, así en el artículo 140, inciso primero, se habla de la identidad de la especie o de la identidad genética, en el inciso segundo del mantenimiento de la identidad genética de cada uno de los seres humanos, mientras que en el inciso tercero se apunta a la libertad de los padres.

539

B) SUJETOS

Se discute si se trata de un tipo especial, en el que, implícitamente, se exija que el autor tenga una determinada cualificación profesional, pero parece más atendible la idea de que, al no existir limitación en la ley, estamos ante tipos comunes, aunque, en la práctica, lo más frecuente es que sean profesionales quienes realicen los comportamientos enjuiciados.

El sujeto pasivo es la comunidad o la especie humana, salvo en el caso del último de los preceptos, en el que serán, también, los padres.

C) CONDUCTAS TIPICAS

- 1) Alteración genética dolosa con fines distintos a los permitidos

Se encuentra en el inciso primero del artículo 140. Se castiga a quien, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipule genes humanos de modo que se altere el patrimonio genético, siendo esta la significación de la expresión “tipo constitucional vital”.

Llamamos genes humanos a cada una de las partículas que están dispuestas en un orden fijo a lo largo de los cromosomas y que determinan la aparición de los caracteres hereditarios, aquí de los seres humanos y llamamos genotipo al conjunto de los genes existentes en cada uno de los núcleos celulares de los individuos pertenecientes a una determinada especie.

En sentido amplio, el concepto de manipulación genética hace referencia a todas las manipulaciones de gametos o de embriones, así como a las técnicas de reproducción asistida, y, en sentido estricto, define el conjunto de técnicas de ingeniería genética dirigidas a la transferencia programada de un específico segmento de DNA, contenedor de una particular información genética, de un organismo viviente a otro, con la consecuente modificación de las características naturales del patrimonio hereditario y, creación de nuevos genotipos.

540 Constituye delito manipular aquellos genes, dando como resultado la alteración del patrimonio genético sin finalidad terapéutica.

El punto central es saber cuándo hay finalidad terapéutica, así sería admisible cambiar el material genético de una persona para curarle de una enfermedad, pero no los comportamientos dirigidos a conseguir una raza más fuerte o la supresión de un material genético patológico respecto a la Humanidad en conjunto, salvo que se tratara de una enfermedad cuya única posibilidad de evitación fuera esta actuación. Igualmente serán constitutivas de delito las prácticas de mezcla de semen y óvulos humanos y animales.

2) Clonación de células humanas

Se regula en el inciso segundo del artículo citado, tanto la experimentación cuanto la manipulación, en relación con la clonación de células humanas, con finalidad de reproducción. Por tanto, está fuera del ámbito punitivo del precepto la clonación con cualquier otra finalidad y toda clonación que no haga referencia a células humanas.

3) Determinación de sexo

En el inciso tercero se castiga el uso de tecnología genética para determinar el sexo de un nasciturus, comportamiento que solo es delictivo en los casos en los que se realiza sin consentimiento de los progenitores.

D) TIPO SUBJETIVO

En la primera de las conductas cabe solo dolo directo, al exigir el tipo una determinada finalidad, definida por exclusión, y la ausencia de finalidad terapéutica deberá ser abarcada por el dolo del sujeto activo, lo que, al tratarse normalmente de expertos, excluirá la posibilidad de error.

En la segunda de las conductas cabe tan solo, igualmente, el dolo directo, pues el tipo también contiene una mención a la finalidad.

En la tercera modalidad cabe tanto el dolo directo como el eventual.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Todas las modalidades son delito de resultado y caben las formas imperfectas.

541

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Las dificultades científicas para establecer la protección penal del producto de la concepción por la vía del aborto, permiten a un sector de la doctrina considerar que las actividades para eliminar el producto de la concepción en en estadio en que la ciencia no sea capaz de dar certeza de vida, sean sancionables por la vía de la Manipulación Genética.

Bien Jurídico.

La manipulación del genotipo puede tener finalidades aceptables como cuando a través de la misma se logran diagnosticar y evitar enfermedades que hoy en día no son curables de otro modo (hemofilia) o que talvez gracias a esta manipulación logren eliminarse (cáncer, sida).

Cuando se alude a la identidad de la especie o a la identidad genética estamos ante la prohibición de conductas en que por ejemplo se pretendan combinar óvulos y semen humano y animal en la medida en que pueda dar lugar a un tipo de vida; lo anterior implica pues una modificación de la información hereditaria.

No quedan comprendidos en la disposición legal algún tipo de fecundación voluntaria en la mujer, ya se trate con semen del marido de la mujer, o de otro hombre que no sea su marido; que el óvulo que se implante sea de ella o de otra (gestación por sustitución o arrendamiento de útero).

Delitos relativos a la Integridad Personal.

Ha existido reforma en el sentido que la expresión CAPITULO único ha pasado a denominarse CAPITULO I.

141

MANIPULACIÓN GENÉTICA CULPOSA

El que realizare manipulaciones con genes humanos y culposamente ocasionare un daño en el tipo vital, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

- 542** La parte objetiva del tipo es idéntica a la del artículo 140, inciso primero, a cuyo comentario nos remitimos, mientras que la parte subjetiva requiere la concurrencia de culpa.

TÍTULO II

DELITOS RELATIVOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL

CAPÍTULO I (11)

DE LAS LESIONES

142

LESIONES

El que por cualquier medio, incluso por contagio, ocasionare a otro un menoscabo de su integridad física o psíquica que hubiere producido incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias o enfermedad por un período de diez a veinte días, habiendo sido necesaria asistencia médica o quirúrgica, será sancionado con prisión de uno a tres años.

543

A) CONCEPTO

Jurídicamente llamamos lesión a todo menoscabo en la salud física o psíquica de una persona. Se ha discutido si se trata de una infracción que se comete con la simple realización de una violencia sobre una persona (vías de hecho), con lo que sería una infracción de mera actividad, o si se necesita la efectiva producción de un resultado, que será el ya dicho menoscabo de la salud física o psíquica. A la vista de la regulación legal, en la que todos los preceptos exigen menoscabo de la salud, es forzoso concluir que, todos los delitos y faltas de lesión son infracciones de resultado, cuya consumación requiere tal perjuicio para el bien jurídico protegido. Incluso el artículo 375, inciso segundo, que castiga como simple falta el comportamiento de ejercer violencia sobre otra persona causándole lesiones que no le impidan dedicarse a sus ocupaciones habituales ni precisen asistencia médica, es una infracción de resultado, pues exige que se produzcan lesiones.

B) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es la salud física y psíquica, debiendo entenderse que, dentro del concepto de salud, se encuentra la integridad física, salvo que esta resulte perjudicial para el mantenimiento o recuperación de aquella, de tal modo que, por ejemplo, amputar un miembro gangrenado, ataca a la integridad física, pero no es constitutivo de delito porque en ese caso el mantenimiento de la integridad física se opone a la conservación de la salud. La salud, según la Organización Mundial de la Salud, es el estado de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad o invalidez.

C) CONDUCTA TIPICA Y RESULTADO

La conducta típica de este tipo básico consiste en menoscabar, por cualquier medio, entre los que se ejemplifica el contagio, la integridad física o psíquica de otra persona, de tal modo que la lesión causada, en todo los casos, necesite asistencia médica o quirúrgica y, además, se produzca, una de dos posibles situaciones: que tal lesión haya impedido al lesionado dedicarse a sus ocupaciones habituales por tiempo de diez a veinte días o que haya producido enfermedades por el mismo tiempo.

544 Se castiga causar a otro una lesión, por cualquier medio, por lo que son punibles los comportamientos físicos o mentales (hipnosis, depresión) y cabe, según las reglas generales, la comisión por omisión. Estamos ante un tipo prohibitivo de causar: se prohíbe producir el resultado descrito en el tipo, por cualquier medio.

Para ser típica la lesión producida tiene que menoscabar la integridad física o psíquica, y, aunque no se haga expresa mención a la salud física o mental del sujeto pasivo, ésta debe entenderse incluida, por la referencia a las enfermedades que hace el tipo. No son típicas las lesiones que no menoscaben la salud o la integridad, pues en la actividad curativa se producen con gran frecuencia casos de actividades lesivas que redundan en beneficio del lesionado, como ocurre en la cirugía, de modo que estas actividades, como se ha dicho, no serán típicas. Es necesario recordar que la integridad física es parte de la salud y que cuando, para conservar esta sea preciso sacrificar aquella, la conducta tampoco será típica.

Además para ser delito la lesión debe requerir asistencia médica o quirúrgica. Por tanto, es necesario que, según las reglas del arte médico, el menoscabo sufrido por el sujeto pasivo requiera, para la recuperación de la salud o de la integridad, físicas o mentales, una asistencia médica o quirúrgica, siendo indiferente que, en el caso real, no se recibiera ninguna asistencia o se recibieran asistencias innecesarias. Así lo principal es que exista un dictamen pericial médico que acredite que el menoscabo

sufrido, de acuerdo con las prescripciones de la ciencia médica, requiere para curar, la dicha asistencia médica o quirúrgica. Por asistencia médica se entiende la que realiza un profesional de la sanidad (médico, practicante, enfermero, ayudante técnico sanitario, comadrón o comadrona), con finalidad curativa y por asistencia quirúrgica se acepta cualquier actuación reparadora dentro de las prescripciones que conocemos como cirugía, sea mayor o menor.

Los casos de inmovilizaciones mediante enyesamientos, collarines, vendajes compresivos o férulas serán constitutivos de asistencia médica, pues para la colocación de estos medios siempre es precisa una previa exploración médica y decisión sobre su uso. Igual ocurrirá con el cosido de las heridas, que siempre tiene que ser realizado por personal médico.

El tipo objetivo de este delito exige que, además de perjudicar la integridad o la salud del sujeto pasivo de tal modo que haya sido necesaria la asistencia médica o quirúrgica, hubiere existido incapacidad para las ocupaciones habituales o enfermedad entre diez y veinte días, pues, si fueran menos de diez días, nos encontraríamos ante la falta del artículo 375 y si fueran superiores a veinte días, nos encontraríamos ante el subtipo cualificado del artículo siguiente. Tanto el concepto de incapacidad como el de enfermedad son términos usuales que deben ser constatados con los correspondientes informes médicos.

545

D) TIPO SUBJETIVO

Dentro del tipo subjetivo cabe tanto el dolo directo cuanto el eventual, en el que el sujeto emplea cualquier medio aceptando con alta probabilidad la producción del resultado descrito en la ley.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

No existe especialidad en torno a las formas imperfectas de ejecución. Estamos en presencia de tipos de resultado, en los que es posible el castigo de la tentativa, debiendo acreditarse la concurrencia de todos los elementos del delito.

F) JUSTIFICACION

a) Tratamiento medico quirúrgico

La cirugía es una actividad médica que puede afectar a la salud y, en numerosos casos, a la integridad física de la persona intervenida, lo que plantea qué relevancia jurídica, desde el punto de vista de los delitos de lesiones, puedan tener estas actividades.

La cuestión no se plantea respecto de los casos contemplados expresamente en el artículo 147, ni tampoco en las operaciones realizadas en situación de estado de necesidad, por ejemplo, por existir riesgo para la persona intervenida, ni tampoco cuando la actuación aparezca como un deber para el sujeto activo, aun en contra de la voluntad del intervenido, por ejemplo en las vacunaciones forzosas en caso de epidemia.

Respecto del resto de las intervenciones, se suele diferenciar según que la actividad tenga o no finalidad curativa y según que el tratamiento tenga o no buen resultado.

La postura mayoritaria actual sostiene que las intervenciones quirúrgicas realizadas con intención de curar y conforme a la *lex artis*, cuando tengan buen resultado, son atípicas por el delito de lesiones, pues no perjudica el bien jurídico, sino que lo favorece, aunque, en el caso de que se haya intervenido sin el consentimiento del paciente, puede dar lugar a un delito de coacciones, al atentar contra la libertad del operado.

546 Igualmente se sostiene que las intervenciones realizadas con finalidad de curar y conforme a la *lex artis* son atípicas aunque hayan tenido resultado negativo, si se actuó con consentimiento, aunque no hay unanimidad sobre la solución a dar a los casos en los que la intervención se realizó con finalidad de curar pero sin consentimiento del paciente:

- a) Para un sector, si se respetó la *lex artis*, el hecho puede constituir delito de coacciones, pero no delito de lesiones.
- b) Para otro sector, cuando no hay consentimiento del paciente, fuera de los casos de estado de necesidad o deber de intervención, no se puede decir que el médico esté cumpliendo la *lex artis*, pues parece que las normas médicas imponen informar al paciente sobre su situación (deber de información) y contar con su consentimiento, de modo que estaríamos ante un supuesto en el que se habría infringido la *lex artis* y, al tener resultado negativo la intervención, se habría dañado el bien jurídico protegido, aunque se habría hecho sin intención de dañar, por lo que el hecho sería sancionable como una lesión imprudente.

En los casos de intervenciones no curativas la conducta, fuera de los casos del artículo 147, es típica, al margen de que la intervención tenga o no éxito y de que se realice o no

según la *lex artis*, es típica, al haber afectado a la salud. La conducta solo podría resultar justificada por aplicación de la circunstancia de ejercicio legítimo de la profesión médica.

b) Lesiones en el deporte

No existe un solo criterio para el tratamiento de estos casos, debiendo combinarse según los casos el consentimiento, la adecuación social, el riesgo permitido con consentimiento, o el ejercicio legítimo de un derecho o una profesión.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El precepto contempla conceptos normativos a los que hay que precisarles su alcance en atención a su carácter eminentemente normativo: asistencia médica, asistencia quirúrgica. Debemos advertir que en este punto no existen criterios legales para entender estos conceptos, jugando por ello un papel trascendente las conclusiones de las ciencias médicas.

La asistencia médica se entiende como la primera cura, pudiendo ser simultánea o posterior al tratamiento. La cura de urgencia se integra por los primeros cuidados de auxilio y orientación; comprende el diagnóstico inicial y el establecimiento de un régimen terapéutico que son actividades tendientes a lograr la sanidad rápida evitando un régimen de curación y nuevos cuidados en el futuro.

547

La asistencia quirúrgica implica un tratamiento reparador del cuerpo para corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida como derivado de la lesión

Cuando el artículo 375 CP. regula la falta de lesiones refiere a una incapacidad para atender sus ocupaciones ordinarias o enfermedad o necesidad de atención médica por un período no mayor de diez días.

De lo anterior se observa que aquella disposición como la que hoy se comenta tienen un traslape y es cuando médicamente se dictaminan diez días. A nuestro parecer debe imperar la aplicación del Art. 375 por una interpretación restrictiva que exige entender las disposiciones legales en el sentido de que no tienda a coartar la libertad del imputado (*pro libertatis*); en consecuencia la falta de lesiones se perfila cuando el resultado refiere una incapacidad por diez días; y el delito de lesiones si se trata de once días por lo menos⁴¹.

El primer dictamen rendido constituye un dato provisorio que puede verse variado ante una falla en el pronóstico inicial relativo a la gravedad de las lesiones; por consiguiente

es preciso realizar el examen de sanidad que puede determinar una mayor o menor gravedad en el resultado de las lesiones.

No constituyen lesiones actividades en que si bien la integridad física pueda afectarse no lo sea respecto a la salud: corte de pelo, barba, uñas, en las prótesis artificiales (este último puede configurar el delito de daños).

En caso de concurrir las lesiones con la tortura existirá concurso de delitos en tanto que cada infracción tiene un contenido distinto, la tortura en el fondo busca obtener algún tipo de información o confesión; las lesiones están referidas exclusivamente al aspecto físico o mental⁴².

Valga en este caso tomar en consideración lo relativo a las penas accesorias y comiso dichas al tratar el homicidio culposo por profesional o por conductor de vehículo.

548 Cuando se trata de lesiones dolosas y es en ejercicio de alguna profesión puede caber la inhabilitación especial respetiva; pero cuando se trata de conducción de vehículo ningún precepto relativo a las lesiones dolosas indica la privación del derecho de conducir vehículo; es más el numeral 4) del Art. 46 limita tal pena a los casos especialmente determinados por la ley; en consonancia con el Art. 1 CP. No cabe imponer más penas que las establecidas por la ley.

Naturalmente que si las lesiones con vehículo son dolosas puede llevar ello aparejada la pena del comiso en los términos indicados por el Art. 127 CP.

Lesiones en el deporte.

En las actividades deportivas los participantes se exponen a sufrir lesiones incluso la pérdida de la vida; riesgo que depende del tipo de deporte practicado.

Las actividades deportivas se clasifican en: de competencia (no existe contacto físico, atletismo, natación, ciclismo, paracaidismo), de contacto (en los que el contacto corporal con el contrario es básico pues se trata de vencer en razón de fuerza, habilidad, velocidad, destreza, pudiéndose producir lesiones: fútbol, jockey sobre hielo; o de lucha (aquí la meta es dañar corporalmente al adversario hasta vencerlo, ajustándose a las reglas, existiendo peligro de lesiones y hasta la muerte: boxeo, karate)⁴³.

En la medida que se trata de deportes reglamentados legalmente es porque el Estado está legalizando el consentimiento de los intervinientes en los deportes y podemos entenderla como una causa de justificación admitida. En el sentido anterior sería ilógico

que el Estado autorice y reglamente un deporte violento e imponga una pena al jugador que cause lesión o muerte habiendo actuado dentro de las reglas.

La lesión o muerte causada al adversario puede estar justificada o no, dependiendo de la clase de falta cometida. Naturalmente que si la misma implica una clara violación a los reglamentos y conlleve una falta al deber de cuidado (culpa) del causante de la lesión o el deseo de causar el hecho (dolo) se perfila la comisión de un hecho penalmente relevante.

En el sentido anterior las agresiones dolosas trascienden del derecho disciplinario deportivo, por ende a parte de la sanción deportiva se perfila la sanción penal.

Algún sector lo ubica dentro del riesgo permitido. Este aspecto pudiera ser válido en el marco de la Teoría de los Elementos Negativos del tipo, posición doctrinaria que por partir de un análisis bipartito del delito resuelve aspectos que tienen que ver con la tipicidad y antijuricidad en un solo bloque.

Existe el problema con algunas actividades en que se discute si son un verdadero deporte o una actividad de diversión, ej: puenting: lanzarse desde un lugar alto atado de los pies con una cuerda elástica.

549

Otro problema es la escasa reglamentación que pueda existir en algunos deportes, por ende de lege ferenda es conveniente la adopción de un derecho deportivo o de un derecho penal del deporte.

Concursos.

La integridad física constituye una de los bienes jurídicos de mayor entidad, por consiguiente en caso de concurrir con otros hechos guarda entidad autónoma, se entiende dado un concurso de delitos.

El delito de robo si bien estima como parte del tipo la violencia, no quedaría inmerso en su complejidad las lesiones, por lo que de darse éstas el concurso se perfila.

143

LESIONES GRAVES

Las lesiones se consideran graves si producen incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias o enfermedad por un período mayor de veinte días, habiendo sido necesaria asistencia médica o quirúrgica. En estos casos se impondrá la pena de prisión de tres a seis años.

El artículo contiene un subtipo cualificado del anterior, con el que comparte la totalidad de los elementos típicos, salvo el resultado, que, en este caso, debe producir incapacidad para las ocupaciones ordinarias o enfermedad por tiempo superior a veinte días.

En el tipo subjetivo será necesario acreditar la concurrencia de dolo directo, cuando el sujeto activo busque conscientemente la causación de una lesión por más de veinte días, o, al menos, de dolo eventual, de tal modo que el sujeto activo se represente la posibilidad de que su comportamiento lesione al sujeto por más de veinte días y lo admita, llevando a cabo la agresión.

550

144

LESIONES MUY GRAVES

La pena será de cuatro a ocho años de prisión si se produjere cualquiera de los resultados siguientes:

- 1) Grave deformidad física en el cuerpo;**
- 2) Grave perturbación funcional permanente, pérdida de la función o pérdida anatómica de un órgano o miembro principal;**
- 3) Grave perturbación psíquica; y,**
- 4) Enfermedad que pusiere en grave peligro la salud de la persona.**

El artículo 144 contiene un subtipo hipercualificado y derivado del contenido en el artículo 142, del que se diferencia, como del anterior, en el diferente resultado de las lesiones en este caso. Es evidente que, dado el catálogo de resultados que contiene el precepto ahora comentado, en todos los casos será precisa la asistencia médica o facultativa. Se trata de un tipo mixto alternativo, bastando con que concurra uno de los resultados del delito para la existencia de éste, pero no existiendo más de un solo delito aunque concurren todos los resultados.

1) Grave deformidad física en el cuerpo. El concepto de deformidad abarca los supuestos de irregularidad física, visible y permanente, que, en este caso, debe ser grave, siendo éste un concepto indeterminado que dependerá de la persona a la que afecte, según su edad, sexo, situación y consideración general. La determinación de la gravedad de la deformidad corresponde a los tribunales. Existirá en el caso de pérdida de piezas dentarias de la parte delantera de la boca, cuando quede irregularidad en la cara, por cicatrices o por otro motivo, como hundimiento de huesos, cuando se haya producido una irregularidad corporal, como escoliosis perceptible, y en otros muchos casos. Existe este delito agravado aunque la ciencia médica permita luego corregir estos defectos, como, por ejemplo, colocando piezas dentarias artificiales o mediante la cirugía estética.

551

2) Grave perturbación funcional permanente, pérdida de la función o pérdida anatómica de un órgano o miembro principal.

a) Grave perturbación funcional permanente. Se castiga la alteración grave del funcionamiento de los órganos, miembros o partes del cuerpo humano que desempeñan una función en él. No da lugar al tipo cualificado una perturbación que, aunque sea grave, no merezca la consideración de permanente, concepto este que no es igual a irreversible, sino que significa que la perturbación no es meramente ocasional o transitoria.

b) Pérdida de la función. Constituye un supuesto complementario del anterior, en el que se sanciona la pérdida de la capacidad de desarrollar una función corporal. Dentro de este apartado se deben incluir los casos de impotencia, esterilidad y privación de un sentido.

c) Pérdida anatómica de un órgano o miembro principal. Por miembro entendemos una parte del cuerpo que sirve para la actividad física de relación y por órgano las partes del organismo que desempeñan una función en él. La aplicación del precepto exige que sean principales. En general se entiende que estos son las extremidades, la lengua y los órganos vitales pares, aunque se ha sostenido que, en casos especiales,

pueden ser considerados miembros u órganos principales otros según la profesión del sujeto pasivo. Se castiga la pérdida anatómica, entendiendo por esta la mutilación o destrucción, ya que la inutilidad, significando esta impedir definitivamente el funcionamiento del miembro u órgano, está castigada en los apartados precedentes.

3) Grave perturbación psíquica. Dentro del concepto de perturbación psíquica es necesario incluir todas las situaciones en las que los parámetros de la normalidad mental se vean alterados, procediendo la aplicación del tipo cualificado cuando tal alteración merezca para los tribunales la consideración de grave, sea o no susceptible de tratamiento o curación.

4) Enfermedad que pusiere en grave peligro la vida de las personas. No se diferencia dentro del concepto de enfermedad la calidad física o psíquica, siendo lo determinante que el proceso morboso cree una situación de riesgo para la vida del enfermo que los tribunales, de conformidad con los dictámenes periciales, puedan considerar grave.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

552

A diferencia del Código Penal de 1974 pasan de las lesiones graves a las muy graves aquellos hechos que dejan secuelas de permanencia en la víctima.

En los supuestos en que se exige gravedad, de ser leve no resulta aplicable esta disposición, por lo que su calificación se sujetará atendiendo al período de incapacidad o de asistencia médica requerida.

En cuanto a la deformidad física del cuerpo implicar un afeamiento del mismo que pudiera hacerlo repulsivo o desagradable, por la destrucción o el desplazamiento de tejidos.

En el numeral dos quedan comprendidos la pérdida de un sentido, es decir los dispositivos sensoriales que permiten a una persona estar en contacto con el mundo exterior: vista, oído, olfato, gusto, y tacto; además se comprende la pérdida de la facultad de hablar, es decir de proferir la palabras para darse a entender.

Cuando se alude órgano y miembro se refiere al aspecto funcional como anatómico.

En cuanto al órgano el Art. 128-C del Código de Salud prescribe que : “Es aquella parte diferenciable del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantienen su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia.”

El miembro lo constituyen cualquiera de las extremidades del hombre articuladas con el tronco, o sea cada una de las piernas y cada uno de los brazos estimados individualmente⁴⁴.

En caso de la pérdida de la función siempre se aplica el delito aunque por medios artificiales resulte posible recuperarla, como lo dice Terragni⁴⁵ “si la lesión causa la ceguera el agente deberá ser castigado con la pena de este apartado, aunque sea viable instalar a la víctima un complejo aparato que le permita percibir los obstáculos y hasta la forma de las cosas. Lo mismo ocurre con la sección o parálisis de un brazo: la función total de aprehensión no se pierde, porque queda el otro, pero el miembro no existe más – en el primer caso- o su uso queda desechado en el segundo. Para nada influye que se lo pueda reemplazar por aparatos que hasta es posible que restituyan algunas de las funciones que la naturaleza brindaba”.

La actividad de mutilización que en el Código de 1974 se regulaba autónomamente queda comprendida ya se trate como deformidad en el cuerpo o pérdida anatómica de órgano o miembro.

145

553

LESIONES AGRAVADAS

Si en los casos descritos en los artículos anteriores, concurriere alguna de las circunstancias del homicidio agravado, la sanción se aumentará hasta en una tercera parte de su máximo.

Nos remitimos al artículo 129 para la consideración de las circunstancias agravatorias del homicidio agravado.

JURISPRUDENCIA.

“El delito no exige para su comisión medio específico alguno, el Art. 142 CP., dispone que puede realizarse “por cualquier medio, incluso por contagio”. 5) Penalidad del Delito es de tres a cuatro años de prisión, para el ilícito de Lesiones Agravadas, configurados en los Arts. 142, 129 No. 1 y 145 CP, (T.S. 4° S.S., 08-01-02)”

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Para ser proporcionales en la imposición de penas debe estimarse que el juzgador sobre la base del tipo básico habrá de fijar un monto determinado; y aumentarle hasta en un tercio del máximo; en el sentido expuesto no debe entenderse que la pena mínima sea superior a la máxima de los tipos regulados en los Arts. 142 , 143 y 144; por ejemplo si en caso de lesiones muy graves sobre la base del tipo básico se decide imponer cuatro años de concurrir para el caso alevosía habrá, según el reproche que merezca a agravante aumentarle desde un día hasta

Precisa estimar lo dicho para el homicidio agravado en cuanto a posibles casos de concurso referidos en el numeral 2 del Art. 129 CP.

146

LESIONES CULPOSAS

554 El que por culpa ocasionare a otro lesiones, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Cuando las lesiones culposas se cometieren mediante la conducción de un vehículo, se impondrá así mismo la pena de privación del derecho a conducir o de obtener la licencia respectiva por un término de uno a tres años, cuando ello sea requerido.

Cuando las lesiones culposas se produjeran como consecuencia del ejercicio de una profesión o actividad médica o paramédica, se impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de tal profesión o actividad por un término de seis meses a dos años.

El bien jurídico protegido y los demás elementos son comunes a las otras infracciones contra la salud, excepto el concepto de culpa, que ya ha sido comentado al considerar el homicidio culposo, apartados a los que nos remitimos.

JURISPRUDENCIA.

“La comprobación de la tipicidad en el delito de lesiones culposas requiere, en el elemento objetivo : de la producción de un disvalor de acción , que en este caso

equivale a la infracción del deber de cuidado; de un disvalor del resultado, que corresponde a las lesiones cuyo lapso de curación sea mayor al de los diez días; de un nexo causal entre estos dos; y, de la imputación objetiva de la acción y el resultado a la persona acusada; como sabemos dicha imputación objetiva no varía en cuanto a los elementos necesarios para el delito doloso, por supuesto que traduciéndolos al ámbito culposo, dicho en otras palabras, que con la conducta imprudente se haya dado la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y que el resultado debe ser el producto de la creación de ese riesgo. En el elemento subjetivo se requiere la previsibilidad o cognoscibilidad de la producción del resultado, equiparándolo algunos a la llamada culpa consciente.” (T.S. 1° Santa Ana, 09-03-01)

En los casos de los delitos ocasionados por accidentes de tránsito, como es en el caso específico de las lesiones culposas, la ley hace caso omiso del resultado objetivo o material de las lesiones, en lo que se refiere a la calificación por el daño producido; de manera que no se toma en cuenta la gravedad de las mismas sino que se tiene como un solo tipo de lesión, ya que éstas se dan por la imprudencia de no haber guardado las precauciones debidas, entendiéndose imprudencia en materia penal como la falta de intención plena y del propósito definido de delinquir que originan, por no haberse procedido conforme a las precauciones estipuladas en los reglamentos respectivos, las consecuencias tipificadas en la ley penal. (T.S. 1° S.S., 08-01-99)

555

La conciencia de la ilicitud es otro elemento relevante y requiere que al acusado se le exija razonablemente la capacidad de poder tener conciencia de la ilicitud de sus actos, en el ámbito de la imprudencia o de la culpa cuando sucede en cuestiones de tráfico viario, esto se reflejara en el hecho de que al acusado es posible exigirle el conocimiento de las normas que regulan lo pertinente a la forma responsable de conducir los vehículos. (T.S. 3° S.S., 14-01-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

En el marco de una interpretación sistemática debemos entender que las únicas lesiones que se incluyen en esta disposición legal serían aquellas cuyo resultado material es el que corresponde a los delitos de lesiones regulados en los Art. 142, 143 y 144.

Consecuente con lo anterior cualquier resultado cuya enfermedad o incapacidad sea de diez días o menos es atípica penalmente, en tanto que la falta de lesiones culposa no está expresamente sancionada, condición esencial para su tipificación según lo dispuesto por el Art. 18 inc. final CP.

En el marco de una interpretación de que cualquier lesión culposa sea típica se llegaría a conclusiones desproporcionadas sancionando como delito una lesión culposa con asistencia médica de cinco días, y como falta si fuera dolosa.

Consecuentes con los expuesto esta disposición legal exige un resultado de por lo menos once días de asistencia o incapacidad⁴⁶.

José Antonio Choclán Montalvo⁴⁷ en parte de acuerdo sostiene que debe sancionarse como infracción leve constitutiva de falta. Con tal interpretación no estamos de acuerdo en razón de que el hecho culposos sólo puede ser sancionado en los casos previstos expresamente, y tal previsión no se ha dado respecto a la falta de lesiones.

El inciso segundo refiere a la conducción de vehículo para la imposición del derecho a conducir o de obtener la licencia respectiva. Para concretar el significado de este elemento cabe considerar lo que dispone las leyes administrativas relativas al tránsito en ese sentido la Ley de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial. Indica “Art. 11.- Para los efectos de esta ley, los vehículos se clasifican en:

- a) De motor;
- b) De tracción humana, ya sea de mano o pedal; y,
- c) De tracción animal.

556

Art. 12.- Los vehículos automotores regulados por esta Ley serán:

- 1) Livianos de pasajeros:
 - a- Automóviles;
 - b- Microbuses;
 - c- Motocicletas de todo tipo y clase.
- 2) Livianos de carga:
 - a- Pick ups y páneces;
 - b- Camiones hasta de tres toneladas de capacidad.
- 3) Pesados de pasajeros:
 - a- Autobuses de todo tipo y clase;
 - b- Otros de tecnología diferente que a futuro se utilicen.
- 4) Pesados de cargas:
 - a- Camiones de más de tres toneladas de capacidad;
 - b- Camiones y remolques articulados;
 - c- Cabezales y trailers;

- d- Maquinaria pesada montada sobre ruedas de hule;
- e- Otros no contemplados.

Asimismo, se establecen regulaciones especiales en lo que compete a esta Ley, sobre los vehículos de tracción humana o animal; así como cualquier vehículo de tecnología diferente que a futuro pudiese incorporarse a la circulación vehicular en el país, a excepción del transporte ferroviario.”

La disposición legal del Código Penal no se limita a vehículos automotores, por ende quedan incluidos otros vehículos cuyo movimiento se genere por la fuerza humana o animal.

En cuanto a la actividad médica y paramédica se nota una amplitud de conceptos no quedando circunscrita a la primera, en tanto que la paramédica puede jugar un papel decisivo en la salud de una persona, por lo que resulta imperativo regular los riesgos a que se sujeta un paciente a consecuencia de la negligencia en la asistencia o tratamiento médico.

En lo pertinente el Código de Salud prescribe:

“Art. 2.- Se relacionan de un modo inmediato con la salud del pueblo, las profesiones Médica...

557

Se entenderá que forman parte del ejercicio de las profesiones antes mencionadas, y por consiguiente estarán sometidas a la respectiva Junta de Vigilancia, aquellas actividades especializadas, técnicas y auxiliares que sean de complemento de dichas profesiones”.

En alguna medida se observa que la disposición penal y administrativa guarda coincidencia en cuanto a que actividades paramédicas pueden incluirse entre las conducta que deben observar el cuidado debido.

147

CONSENTIMIENTO ATENUANTE Y CONSENTIMIENTO EXIMENTE

En los delitos de lesiones, si mediare consentimiento libre, espontáneo y expreso del ofendido, el hechor será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de treinta a sesenta días multa.

El consentimiento, exime de responsabilidad penal en los supuestos de donación o trasplante de órganos o tejidos humanos, esterilizaciones y cirugía transexual, ejecutadas con arreglo al Código de Salud y por facultativo.(14)

El consentimiento prestado por un menor de edad o un incapaz para estos efectos no será válido, como tampoco el que por él presten sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cuando sea autorizada por el juez o tribunal, a petición del representante legal del incapaz, previo dictamen de facultativo.

558

Las autolesiones son impunes, pues los artículos 142, para las lesiones dolosas, del que derivan los demás tipos dolosos, y 146 para las lesiones culposas, castigan lesionar a otro, no lesionarse a si mismo, y consecuencia inmediata es que, si una persona puede lesionarse a si misma sin incurrir en responsabilidad criminal, al no ser el acto típico, la participación de otros, sea como instigadores o cómplices, es impune.

Los autores discuten acerca de si el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, la salud, es o no disponible. Para los que sostienen que se trata de un bien jurídico disponible, la consecuencia es que, en los casos en los que una persona admita que se le cause una lesión, la conducta de quien le lesiona no es delictiva. Igualmente, para los que manifiestan que se trata de un bien indisponible, la consecuencia es que la conducta de quien lesiona a otro, que lo acepta, sigue siendo punible.

Sin entrar en los motivos de esta discusión, el Código Penal toma partido por la segunda de estas posturas, al declarar el artículo 147, inciso primero, que las lesiones causadas con consentimiento del lesionado son típicas, pero que se castigan con una pena atenuada, de modo que el consentimiento viene a operar como circunstancia atenuante específica.

Para que este consentimiento tenga eficacia, eximente o atenuante, la ley requiere que sea libre, espontáneo y expreso, prestado por el ofendido, que debe ser mayor de edad y capaz, sin que sea válido el consentimiento prestado por el representante legal de un menor o incapaz. Todas estas exigencias apuntan a que el consentimiento no haya sido fruto de una inducción exterior, pues en tal caso el consentimiento no es espontáneo y también a que haya estado exento de violencia, coacción, amenaza o engaño, pues en tales casos no será válido. Igualmente parece que no será válido, por no ser espontáneo, el consentimiento otorgado por interés, precio o recompensa. Menor es la persona que no ha alcanzado la edad del artículo 17 e incapaz es la persona que no se puede gobernar.

Aunque la ley no lo dice expresamente, de la redacción del inciso primero, según el cual la atenuación se produce “si mediare consentimiento” parece deducirse que el consentimiento no tiene por que ser, necesariamente, anterior o coetáneo a la lesión para tener eficacia.

La regla general sobre la trascendencia del consentimiento en las lesiones, contenida en el artículo 147, inciso primero, es que el consentimiento, prestado por las personas a las que se ha hecho referencia y en las condiciones dichas, supone una atenuación en la responsabilidad del que causa esa lesión, permitiendo la imposición de la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de treinta a sesenta días, inferior a todas las previstas para las lesiones dolosas.

559

Esta regla general tiene una excepción, establecida en el inciso segundo, según el cual, en los casos de donación o trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, realizadas conforme a las prescripciones del Código de Salud y por facultativo, el consentimiento de persona mayor de edad y capaz, prestado de modo libre, espontáneo y expreso, exime de toda responsabilidad criminal, sin que, tampoco en estos casos, sea válido el consentimiento prestado por los menores o incapaces o por sus representantes.

En los casos de trasplantes de órganos, la intervención quirúrgica es curativa para el que recibe el órgano y, por tanto, al ser realizada en interés a su salud, el hecho es atípico, en cambio, no se puede decir lo mismo respecto del donante del órgano, pues la extracción del mismo afectará, cuanto menos, a su integridad corporal, por lo que hace falta una declaración legal expresa, como la aquí contenida, para que el comportamiento de los que le extraen el órgano no incurra en responsabilidad criminal, aunque atenuada.

En los casos de esterilizaciones y cirugía transexual es indiferente que la intervención tenga finalidad curativa o no, o que tenga o no éxito. En las intervenciones curativas la conducta es atípica por no afectar al bien jurídico y en las no curativas por aplicación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Esta excepción contenida en el inciso segundo tiene, a su vez, una excepción en el inciso tercero del mismo artículo, cuando se trate de esterilizaciones de personas incapaces con graves deficiencias psíquicas, en cuyo caso, el comportamiento de quien les esterilice es impune, aunque no cuente con el consentimiento del incapaz, siempre que esta actuación haya sido autorizada por el juez, que la persona haya sido declarada judicialmente incapaz, que lo haya solicitado el representante legal del incapaz, y conste dictamen previo de facultativo que, aunque no lo diga la ley, deberá pertenecer a la disciplina médica correspondiente. El criterio rector es el del mayor interés del incapaz, lo que debe ser analizado desde el punto de vista de su capacidad para comprender y asumir el hecho de la procreación.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

560 Por Decreto Legislativo 297 publicado el 23 de febrero de 2001 se modificó el inciso segundo así:

“El consentimiento, exime de responsabilidad penal en los supuestos de donación o trasplante de órganos o tejidos humanos, esterilizaciones y cirugía transexual, ejecutadas con arreglo al Código de Salud y por facultativo”

La reforma adiciona la inclusión de los tejidos humanos en el tema de trasplante.

El consentimiento no se establece de una manera expresa en la parte general del Código como una regla de exclusión de responsabilidad penal.

La exclusión de la tipicidad dependerá si el verbo del tipo se vincula con la voluntad, por ejemplo en el allanamiento, en la violación en mujer mayor de dieciocho años, la voluntad válida constituye una razón para excluir la tipicidad.

En el caso de las lesiones la voluntad del lesionado no tiene nada que ver el verbo que las tipifica, por consiguiente aun con voluntad del derechohabiente la tipicidad se mantiene.

No obstante lo dicho hemos de advertir que las lesiones que tienen un fin terapéutico, es decir mejorar la salud de otra persona, por ejemplo amputación de una pierna gangrenada, siempre quedarían excluidas ya sea por entenderse la falta de dolo en

tanto que no se destinan a afectar la salud de una persona sino por el contrario mejorarla; o por falta de imputación objetiva en tanto que en vez de crear o aumentar un riesgo no permitido, lo disminuyen.

Fuera de lo anterior las lesiones resultan típicas, y así lo resultan aquellas que implican la extracción de órganos para donar, esterilizaciones y cirugía transexual; estas últimas en virtud de lo dispuesto por el artículo quedan eximidas de responsabilidad penal cuando sean ejecutadas de acuerdo al Código de Salud y por facultativo.

Lo anterior constituye una verdadera causa de justificación plasmada pero en la parte especial del código.

Entre los aspectos más importantes en el Código de Salud relativos los trasplantes cabe indicar:

Debe ser consentida por el donante, quien a la vez debe ser mayor de dieciocho años de edad, voluntad que puede ser verbal, en la licencia de conducir o el documento de identidad personal, o a través de escritura pública. En el caso de personas muertas, la autorización también la podrá otorgar cualquiera de los parientes que le subsistan, en el orden siguiente; padres, cónyuges, hijos, hermanos o abuelos; tal consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (Arts. 128 D y F)

561

No son admisibles los trasplantes cuya separación genere incapacidad parcial o total o la muerte del donante (Art. 128 CP.) los realizados con fines de lucro (Art. 128 Q), lo que tiene su derivado en el sentido de que cualquier revocación carece de repercusión legal en contra del donante (Art. 128 J)

CAPÍTULO II

DELITOS DE PELIGRO PARA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL

147-A

DISPARO DE ARMA DE FUEGO

El que dispare arma de fuego contra una persona sin intención homicida que pueda deducirse de las circunstancias en que el disparo fue ejecutado, será sancionado con prisión de uno a tres años, siempre que no causare daño personal. (17 D.L. N° 883, del 27 de junio del 2002, publicado en el D.O. N° 134, Tomo 356, del 19 de julio del 2002.)

Quien de forma injustificada alguna, disparare arma de fuego en lugar habitado, en su vecindad, en la vía pública o en sitio público frecuentado, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. (17)

562

Si resultaren lesiones el hecho se considerará, por regla general como homicidio tentado a menos que el Juez estimare por la situación de las lesiones por la poca gravedad de éstas o por otras circunstancias que no hubo intención de matar. En este caso, se aplicará la sanción que corresponda al delito de lesiones cuando éstas tengan mayor pena que el delito de disparo; pero si las lesiones tuvieran menor pena, se aplicarán las reglas del concurso ideal de delitos. (11 D.L. N° 703, del 9 de septiembre de 1999, publicado en el D.O. N° 183, Tomo 345, del 4 de octubre de 1999.)

JURISPRUDENCIA.

“El delito de Disparo de Arma de Fuego, comprende no sólo la acción de disparar un arma de fuego en contra de una persona, sino también comprende en sí una amenaza agravada y la tenencia de un arma de fuego, por lo que dichas conductas quedan subsumidas en la figura penal de disparo de arma de fuego, por ser el precepto más amplio en donde el legislador comprendió la tenencia de un arma de fuego y la amenaza por medio de arma de fuego.” (T.S. 6° S.S., 10-10-01)

“... Lo que se requiere es que se dispare hacia la persona, no que la impacte, puesto que ello constituiría un hecho de mayor gravedad. Si bien se disparó al suelo, lo fue hacia los pies de los ofendidos, en su dirección, a muy corta distancia de ellos, lo que creó peligro para su integridad...” TCP-CR 667-f-97, 22 agosto 1997

Bien Jurídico.

Es un delito de peligro para la vida o la integridad física aunque con menor intensidad cuando se hace al aire.

Adecuación Típica.

La acción conlleva un disparo de arma de fuego.

Por arma de fuego se entiende como un artefacto que dispara proyectiles por medio de un mecanismo basado en la ignición de sustancias que producen gases que lo impulsan⁴⁸.

La disposición legal contempla dos supuestos: disparo contra una persona, y disparo al aire. En el código penal de 1974 el primer supuesto se consideraba delito y el segundo falta.

563

Al entrar en vigente el presente código la actividad de disparos de armas de fuego únicamente se regula como falta; pero al darse vigencia al decreto que lo regula como delito, quedó sin efecto el numeral 1 del artículo 378 CP. que lo contemplaba como falta.

Quedan comprendidos en esta acción disparos efectuados con el fin de atemorizar, incluso cuando se dirigen al suelo.

Se ha pretendido por el legislador ampliar la protección penal en el caso de los disparos al aire ante una serie de resultados muerte en algunas personas a consecuencia de proyectiles perdidos, por ende se le exige un mayor cuidado a los portadores de armas; claro ello en un lugar donde haya concurrencia de personas, si lo fuese por ejemplo en un desierto cabría la atipicidad. Para mayor amplitud véase el comentario al Art. 378 CP.

No se requiere que el disparo sea en contra de una persona determinada, ni que haya hecho puntería, ni que se vea, como cuando se dispara a través de una puerta sin saber a quien⁴⁹.

Si se dispara contra un grupo de personas se considera un solo delito.

Tipo Subjetivo.

Este delito supone un disparo rechazándose la posibilidad de dañar (susto o broma); en el caso de primer inciso se supone que se dirige a una persona⁵⁰.

Aunque la parte final no lo indicase si los disparos se enfilan a causar la muerte es obvio que cabe la consideración del homicidio imperfecto.

Tentativa.

Un sector admite la tentativa como cuando el sujeto acciona el arma sin que logre salir el proyectil⁵¹; claro en caso esté descargada se estaría ante un delito imposible.

Concurso de Delitos.

La parte final de la disposición legal establece una regla concursal.

147-B

TRÁFICO Y TENENCIA ILEGAL DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS

564

El que extrajere o transplantare órganos o tejidos humanos, sin estar debidamente autorizado para ello, según lo establecido en el Código de Salud, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Igual sanción se impondrá a quien comerciare con órganos o tejidos humanos.

El que tuviere en su poder, órganos o tejidos de personas humanas, sin estar autorizado para ello, según lo establecido por el Código de Salud, será sancionado de tres a cinco años de prisión. (14)

Esta disposición en su esencia viene a ser complementaria con la prohibición del Código de Salud del comercio de órganos y tejidos, y en su esencia pretende evitar una manipulación indebida en la extracción de órganos que de no ser regulada puede convertirse en una lesión masiva a la integridad física de muchas personas, exponiéndolas la peligro de muerte por una prestación económica.

Constituye en el fondo una protección a las personas de bajos recursos, pues la de altos recursos por su facilidad económica no se expondrá físicamente a donar un órgano a cambio de una remuneración económica.

Bien Jurídico.

Se pretende proteger la integridad física de las personas.

Conducta Típica.

La extracción implica el sacar el orégano de una persona, el trasplante supone una actividad que va más allá pues ya incluye la inserción en otra persona.

Esta norma penal viene a ser un mecanismo para hacer efectivo el Art. 128-G del Código de Salud que dice:

“El proceso de trasplante de órganos o tejidos de seres humanos vivos o muertos sólo podrá efectuarse en las instituciones autorizadas por el Consejo Superior de Salud Pública.

El Consejo Nacional de Trasplantes, llevará un registro por especialidad de los profesionales de la salud que se dediquen a los procesos de trasplantes.”

La actividad de comercio de órganos y tejidos supone una prohibición tendiente a evitar que por el lucro buscado por terceros se generen condiciones de extracciones masivas con los posteriores daños graves a la salud de muchas personas.

La extracción de órganos y tejidos aunque constituye una actividad valiosa en el ámbito del avance de la medicina manejada imprudentemente es sumamente peligrosa por ende el Estado debe tener un absoluto control de las entidades y personas naturales autorizadas para trabajar en ello; como resultado de ésto además se sanciona la posesión de los mismos sin estar debidamente autorizado.

La posesión sin autorización significa una actividad de extracción al margen de la ley.

147-C

MANIPULACIÓN DE INFORMACIÓN

El profesional de salud que participe en un proceso de evaluación diagnóstica para una intervención quirúrgica de extracción o transplante de tejidos humanos, que proporcione información falsa o distorsionada con el fin de influir en la decisión de donar o recibir dichos órganos o tejidos, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

Si como efecto de la influencia indicada en el inciso anterior, se produjere la muerte del donante o del receptor, la sanción se incrementará hasta en una tercera parte del máximo de la pena indicada. (14)

Bien Jurídico.

Siempre lo constituye la integridad física y la salud de las personas, en tanto que sobre la base de supuestos no ciertos se pone en condiciones a una persona para que consienta le extraigan órganos o tejidos.

566

El consentimiento de una persona ante una actividad en que pueda resultar afectado en su salud debe ser informado, es decir conocer los efectos de la extracción en su cuerpo.

Conducta.

Implica en dar datos que no corresponden a la realidad, relativos a un diagnóstico de cuales son los efectos en la salud de una persona como consecuencia de la extracción.

Esta conducta sólo está referida a la actitud falsaria, por consiguiente no quedan incluidos en su contenido otros resultados lesivos en el sujeto pasivo; salvo el caso de muerte culpable como más adelante se dirá.

Tipo Subjetivo.

Debe ser dolosa la conducta, de ahí que si hay algún tipo de imprudencia no se comete la conducta delictiva en cuestión.

Concursos.

Sólo en el caso de muerte puede existir un incremento de pena; hemos de entender que el resultado al menos sea culpable, si admitimos el incremento de pena en una

muerte fortuita sería violar la prohibición de la responsabilidad objetiva; Consecuente con lo anterior esta penalidad no es más que una forma de sanción ante un concurso de delitos.

Consideramos que la regla sólo abarca la muerte culposa; en caso de ser dolosa la muerte entendemos que por aplicación del Art. 129 No. 4 que se refiere al uso de un medio insidioso, o del 129 No. 3 en que se ubique a la víctima como efecto de la anestesia en una situación de indefensión será Homicidio agravado, quedando subsumida la conducta que aquí se analiza; en ese mismo sentido sería el caso de las lesiones que serían agravadas en aplicación de lo dispuesto en el Art. 145 CP.

147-D

Art. 3.- Adiciónase el Art. 147-D, así:

“SUMINISTRO INDEBIDO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS

El que suministrar o expendiere bebidas alcohólicas para su consumo, a menores de dieciocho años de edad, será sancionado con prisión de seis meses a tres años y con multa de cincuenta a cien días multa.”

567

TÍTULO III

DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD

CAPÍTULO I

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD INDIVIDUAL

148

PRIVACIÓN DE LIBERTAD

El que privare a otro de su libertad individual, será sancionado con prisión de tres a seis años. (13)

568 A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido en este tipo, como en los demás de detenciones ilegales, es la libertad de movimientos, como capacidad del ser humano de fijar su posición en el espacio.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquier persona particular, incluyendo este concepto a los funcionarios y autoridades que actúen al margen de sus funciones públicas. En el supuesto de que el sujeto activo sea una de las personas mencionadas en el artículo 39, si realiza la conducta en el ejercicio de sus funciones, no comete este tipo sino el del artículo 290.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona, con tal de que tenga capacidad, aunque sea potencial, de movimiento. En el caso de personas que precisen medios auxiliares para trasladarse, como los paralíticos, se cometerá el delito al privarles de tales medios, en contra de su voluntad, pero estas personas pueden ser sujetos pasivos sin ninguna dificultad.

C) CONDUCTA TIPICA

Es privar a otra persona de su libertad de movimientos, lo que puede ser llevado a cabo mediante conducta activa y mediante comportamientos omisivos. Se castigan los comportamientos en los que se impide a una persona dejar el lugar en el que se encuentra, bien porque está o se le coloca en un lugar cerrado del que no puede salir, bien porque se le priva del movimiento por medios violentos, como el uso de la agresión física o por medios intimidatorios. Igualmente se castigan los comportamientos en los que se fuerza a una persona a ir a un lugar al que no desea encaminarse. No se encuentran castigadas por este tipo, aunque puedan estarlo por el delito de coacción, las actuaciones en las que una persona fuerza a otra a dejar un lugar, sin imponerle un destino concreto, ni las actuaciones en las que una persona impide a otra entrar en un sitio.

D) TIPO SUBJETIVO

El hecho es punible tanto cuando se comete con dolo directo como cuando se comete con dolo eventual. Son impunes los comportamientos imprudentes como aquellos en los que una persona deja involuntariamente encerrada a otra en un edificio por no prestar la debida atención para saber si hay o no alguien dentro.

569**E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO**

La detención ilegal es un delito de consumación instantánea, ya que, siendo posible la tentativa, la infracción queda consumada desde el instante en el que el sujeto pasivo queda privado de libertad, aunque se suele exigir una mínima duración de esta privación para entender que se comete el delito. Al igual que es un delito de consumación instantánea, es, también, un delito de consumación permanente, pues el estado antijurídico no cesa, sino que se mantiene, hasta que se produce la liberación del detenido.

F) AUTORIA Y PARTICIPACION

Autor del delito sólo puede ser quien prive de libertad al sujeto pasivo, aunque pueden ser frecuentes los casos de autor mediato. Al tratarse de un delito de consumación permanente, son posibles los supuestos de participación en el delito en cualquier momento, anterior o posterior a la privación de libertad del sujeto pasivo, con tal de que éste todavía no haya recuperado la libertad, pues, hasta este momento, hay una constante actualización del momento consumativo. Los comportamientos de personas que, sin haber instigado el delito, y sin haber llevado a cabo la privación de libertad,

proporcionan lugar para mantener al detenido ilegalmente, o realizan labores de vigilancia o facilitan traslados o aportan alimentos, deben ser castigados a tenor del artículo 36 del Código Penal, en unos casos, según el número 1 y, en otros, en el número 2, dependiendo de la trascendencia del hecho en relación con el mantenimiento de la privación de libertad.

G) JUSTIFICACION

En el delito de detenciones ilegales son especialmente frecuentes los casos en los que la conducta es conforme al ordenamiento jurídico. El consentimiento del sujeto pasivo, válido y libremente emitido, opera como causa de atipicidad, en cuanto que la libertad individual es un bien eminentemente disponible. Frecuentemente casos de privación de libertad individual son conforme a derecho por aplicación del artículo 27, número 1, como en los casos de padres o maestros que sancionan a hijos o discípulos sin salir del domicilio o del aula, o los de los enfermos mentales peligrosos que son internados conforme a la ley.

H) CONCURSOS

570 Es necesario distinguir este delito y los que con él forman este Capítulo de los tipificados en los artículos 290 y 364 y ss. Respecto del primero de estos delitos la distinción ya ha sido comentada al hablar de los sujetos del delito. Respecto de los otros delitos la distinción se encuentra, no solo en la diferencia de los sujetos, pues en ellos el sujeto activo debe ser funcionario actuando como tal o particular en connivencia con él, sino también en la conducta típica, que implica la desaparición del sujeto pasivo.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Por D.L. No. 280, del 8 de febrero de 2001, publicado en el D.O. No. 32, Tomo 350, del 13 de febrero de 2001.

Su variante únicamente se circunscribe en cuanto a la pena incrementándola.

Conducta Típica.

Se ha estimado que se puede cometer no sólo por acción sino también por omisión, cuando quien es garante de la libertad del encerrado omite liberarlo; pudiendo dar lugar a un delito de omisión de socorro si no concurre dicha posición de garante⁵².

No existe acuerdo en la doctrina en cuanto al período mínimo que ha de mantenerse la privación de libertad; resulta aceptable que deba existir al menos un espacio mínimamente significativo.

Autoría y Participación.

Puede perfilarse la autoría mediata como cuando se instrumentaliza a terceros para llevar a efecto la detención así resulta cuando se engaña a una autoridad para que ordene la detención de una persona; caso en el cual puede darse concurso con un delito contra la administración de justicia, delito de denuncia o acusación calumniosa, el falso testimonio⁵³.

Tipo Subjetivo.

Basta el dolo, no se requieren los móviles del sujeto activo.

Justificación.

Existen casos en los que la ley autoriza la privación de libertad de una persona; en el fondo las mismas constituye causa que justifican el hecho y le restan cualquier carácter antijurídico por ende delictivo; por ejemplo los casos en que tanto al policía como un particular puede detener a una persona como es la flagrancia, Art. 288 CPP.. en sentido distinto Zaffaroni en el marco de la tipicidad conglobante lo considera atípico⁵⁴.

Se estima amparado por estado de necesidad la privación de libertad de un enfermo mental cuando para evitar los efectos de su peligrosidad no exista más alternativa que el internamiento⁵⁵; también en el marco del derecho de corrección respecto a un menor, tomándose en consideración que ello se destina a protegerlo.

571

Tentativa.

Constituye un delito de resultado, siendo posible la tentativa.

Concurso de Delitos.

La duración de la privación de libertad puede ser determinante para considerar si en verdad concurre otro tipo de infracción, o en concurso de delitos. En la medida en que resulte un tiempo prudencial puede constituirse en independiente.

Si es mínima como para perfilar un robo, puede estimarse como parte de la violencia para el tipo; pero en la medida en que se prolongue por un largo tiempo aunque los sea para la consumación de otro delito como el robo, puede guardar una entidad independiente y con ello generarse un concurso de delitos.

149

SECUESTRO

El que privare a otro de su libertad individual con el propósito de obtener un rescate, el cumplimiento de determinada condición, o para que la autoridad pública realizare o dejare de realizar un determinado acto, será sancionado con pena de treinta a cuarenta y cinco años de prisión, en ningún caso podrá otorgarse al condenado el beneficio de libertad condicional o libertad condicional anticipada. (13)(15)

El artículo 149 castiga el secuestro, tipo agravado del anterior, por la concurrencia de una condición en de cuyo cumplimiento depende la recuperación de su libertad por el sujeto pasivo. Dentro de la descripción típica se citan, a título de ejemplo, dos de los casos de mayor frecuencia de estos supuestos de secuestro: la exigencia de un rescate o una reclamación a la autoridad pública. La condición puede ser exigida tanto al propio detenido como a un tercero. Este tipo debe ser separado de los supuestos de terrorismo contemplados en el artículo 343, inciso segundo, del Código Penal, distinción que debe ser realizada aplicando los propios criterios establecidos en este precepto.

572

Es especialmente difícil la determinación de la responsabilidad criminal de los llamados “mediadores”, personas que negocian la condición impuesta como condición para la liberación, o el cumplimiento de esta condición. Las actividades realizadas en interés y favor del detenido son atípicas, pero las realizadas para favorecer la finalidad de los sujetos activos del delito deben ser sancionados como actos de complicidad.

Aunque la redacción del precepto parece permitir imponer la pena correspondiente al delito consumado desde el momento en el que se produce la privación de libertad, y aunque todavía no se haya exigido el cumplimiento de la condición, siempre que esté probada la voluntad de exigirla, el respeto al principio de proporcionalidad en la relación entre este tipo y el anterior, debe llevar a imponer esta pena cualificada solo en los casos en los que ya se haya exigido la condición, aunque esta no se haya cumplido.

JURISPRUDENCIA.

“En razón de que no se logró exteriorizar el propósito del rescate a las personas a quienes se les exigiría entregar el rescate, el delito de secuestro es calificado ... como una tentativa acabada” (T.S. 1º S.S., 06-12-02)

“La descripción legal no determina como elemento esencial el que se cumpla con la prestación exigida..basta por ende que a la privación de la libertad se apareje la exigencia de la condición...” (T.S. 6° S.S., 12-11-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El texto original ya había sido modificado por DL. N° 280, del 8 de febrero de 2001, publicado en el DO. N° 32, Tomo 350, del 13 de febrero de 2001, elevando la pena de veinte a treinta años de prisión.

Prácticamente las variantes legislativas han girado en torno a elevar la pena e impedir beneficios en la ejecución de la pena.

En cuanto a los montos de pena han existido divergencias respecto a aceptar penas elevadas, máxime cuando se está ante la presencia de personas que por su edad y el monto de pena a cumplir esta se convierte en perpetua, especie de sanción prohibida en el Art. 27 Cn.

Constituye el secuestro una detención ilegal cualificada, teniendo una cercanía a las amenazas condicionales; pero a diferencia de las amenazas en el secuestro el mal con que se amenaza se causa desde el comienzo de la acción típica; en las amenazas por su parte el daño se produce si la condición no se cumple.

573

El carácter pluriofensivo del secuestro en tanto se lesiona la libertad ambulatoria, como la seguridad y libertad en la formación de la voluntad; permite que la exigencia del rescate o condición se exija al mismo detenido o a diferente persona.

149-A

PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN EN LOS DELITOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y SECUESTRO

La proposición y conspiración para cometer cualquiera de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, serán sancionadas, para el caso de privación de libertad con prisión de uno a tres años, y para el caso de secuestro, con prisión de diez a veinte años. (13)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Constituye esta una opción del legislador de sancionar un acto anterior a la tentativa; al menos en este caso se percibe una diferencia con respecto a la penalidad de estos actos preparatorios en el caso del homicidio donde se nota la desproporcionalidad si se le compara con la pena de la tentativa. Siempre en cada caso deberá tomarse en consideración el principio de lesividad como presupuesto de la sanción.

150

ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL AGRAVADOS

La pena correspondiente a los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentará hasta en una tercera parte del máximo, en cualquiera de los casos siguientes:

574

- 1) Si el delito se ejecutare con simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma;**
- 2) Si la privación de libertad se prolongare por más de ocho días;**
- 3) Si se ejecutare en persona menor de dieciocho años de edad, mayor de sesenta, inválido, o en mujer embarazada;**
- 4) Si se ejecutare con el fin de cambiar la filiación;**
- 5) Si implicare sometimiento o servidumbre que menoscabe su dignidad como persona;**
- 6) Si la víctima fuere de los funcionarios a que se refiere el Art. 236 de la Constitución de la República; y,**
- 7) Si se ejecutare en persona, a quien, conforme a las reglas del derecho internacional, El Salvador debiere protección especial.**

Contiene el precepto en sus siete números diferentes cualificaciones aplicables tanto a la detención ilegal básica como al secuestro.

Dentro de los motivos de agravación se pueden hacer tres grupos:

A) DE TIPO OBJETIVO

Número 1. La simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma supone que el sujeto activo finge estar revestido de la condición dicha, de tal modo que el sujeto pasivo cree que aquel tiene derecho para realizar la privación de libertad, con lo que el caso viene a ser un supuesto de empleo de astucia y, al mismo tiempo, un ataque al prestigio de la Administración.

Número 2. La detención debe durar más de ocho días, plazo que se computa desde el momento de la inicial consumación que, al tratarse de un delito de consumación instantánea, coincide con la inicial privación de libertad.

Número 5. La forma de realizarse la detención ilegal o las condiciones a las que se vea sometido el sujeto pasivo deben encontrarse en contradicción con el respeto que merezca como persona.

B) POR CUALIDADES O CONDICIONES PERSONALES DEL SUJETO PASIVO.

575

Número 3. En todos los casos el motivo de la agravación es la mayor indefensión de las personas mencionadas, legalmente presumida, careciendo de relevancia que, en verdad, estén afectos de mayor indefensión que otros.

Número 6. El aumento de la penalidad responde a la protección a la función desarrollada por estos funcionarios, por lo que la agravación solo tendrá lugar cuando el delito se cometa cuando el sujeto pasivo se encuentre en el ejercicio de sus funciones.

Número 7. La agravación responde a los mismos motivos que la anterior.

C) DE TIPO SUBJETIVO

Número 4. Se agrava la penalidad de los supuestos, normalmente referidos a menores de edad, en los que el sujeto activo busca cambiar la relación paterno-filial verdadera, por otra, atribuyendo al sujeto pasivo una filiación que no le corresponde.

En todos los casos, es necesario que la circunstancia de agravación sea abarcada por el dolo del sujeto activo, en los términos expresados en el artículo 67 del Código Penal.

JURISPRUDENCIA.

“Algunos tribunales han sostenido que la pena se fija entre el máximo legal y tal máximo aumentado en su tercio, para el caso si es treinta la máxima de entre treinta y cuarenta.” (T.S. 2° San Miguel, 07-05-03)

“La fijación de la pena es una decisión que debe estar debidamente fundamentada; para ello el Art. 62 inc. segundo del Código Penal prescribe, que la pena que se imponga no debe rebasar los límites mínimos y máximos establecidos por la ley para cada delito, en este caso el tipo penal contiene una sanción de diez a veinte años de prisión en su forma simple, pero como se ha acusado por un delito en su forma agravada, entonces la pena oscilará entre veinte años de prisión como mínimo y veintiséis años con ocho meses de prisión como límite máximo, pues el Art. 150 inc. 1° Pn., establece que la pena correspondiente al delito se le aumentará hasta en una tercera parte del máximo.” (T.S. 3° S.S., 12-04-02)

576

“...Privación de Libertad Agravada, Art. 148 en relación con el 150 N° 3 CPn., sancionado con la pena mínima de tres años de prisión a una máxima de ocho años de prisión, .. el legislador especifica que en la agravación especial la sanción se aumentara hasta en una tercera parte de su máximo, entiéndase que se mantiene la pena del delito tipo, con el aumento de la tercera parte sobre la misma.” (T.S. Sensuntepeque, 13-08-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Resulta aquí discutible la regla de fijación de pena; algunos tribunales han entendido que se ha de fijar entre el máximo y la tercera parte del máximo, es decir entre cuarenta y cinco años y sesenta años (antes lo hubiera sido de entre veinte y veintiséis años ocho meses; o treinta y cuarenta años).

Otro criterio es establecer una penalidad concreta en el marco correspondiente al tipo básico; y al mismo aumentarle hasta en una tercera parte del máximo; por ejemplo treinta años (o diez años cuando esa era el tipo de pena) y aumentarle de entre un día y el tercio del máximo, quince años (6 años ocho meses). Para el caso dependiendo del tiempo del hecho la pena podría haber sido treinta años un día (diez años un día). La anterior forma de graduación de pena a nuestro juicio responde a un criterio de proporcionalidad en la imposición de las pena, sin dejar de considerar que la existencia de una agravante amerita una magnitud mayor de reproche.

Imaginemos dos hechos de privación de libertad uno se prolonga por nueve días y otro ocho; en el primer caso es agravado; supongamos que considerando el tipo básico

ameritara treinta años, pero por un día más de privación de libertad se interpretará que la 'pena mínima es el máximo habría que aplicar cuarenta y cinco mas desde un día hasta quince años; tenemos que la diferencia en pena es abismal a pesar de que fácticamente tenga muy poca diferencia y por ende la diferencia de reproche también sea mínima.

Creemos que la forma propuesta de fijación de pena responde a un criterio de proporcionalidad y asimetría de pena

Numeral Primero.

La simulación debe ser a una autoridad pública o de una falsa orden. En el primer caso debe serlo aparentando a un funcionario como el Juez; no está referido a simular ser policía pues éstos no son autoridad, según lo indica el Art. 39 No 2 del Código Penal. Si se trata de simular a un policía debe ello aparejarse a simular portar una falsa orden.

Numeral Segundo.

La contabilización de los días atendiendo a un criterio restrictivo debe hacerse de acuerdo a las horas, de ahí que si se priva de libertad a alguien a las diez de noche del primero del mes, y se libera el día nueve a las nueve de la noche será secuestro simple; si se prolonga a las once de la noche de ese día será agravado.

577

Numeral Tercero.

El sujeto pasivo es una persona que no ha cumplido los dieciocho años de edad; y debe tener ya cumplidos los sesenta años de edad.

Numeral Sexto.

Quedan en consecuencia incluidos: El Presidente y Vice-Presidente de la República, los Diputados, los Designados a la Presidencia, los Ministros y Viceministros de Estado, el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, el Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, el Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, y los representantes diplomáticos.

Numeral Séptimo.

Sobre el particular el artículo 40 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares bajo el título Protección de los funcionarios consulares prescribe:

"El Estado receptor deberá tratar a los funcionarios consulares con la debida deferencia y adoptará todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad." Según el Art. 1 d) d) por "funcionario consular", se

entiende “toda persona, incluido el jefe de oficina consular encargada con ese carácter del ejercicio funciones consulares”.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Artículo 29

La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.

151

ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL ATENUADOS

Si se deja voluntariamente en libertad a la víctima antes de las setenta y dos horas, sin que se hubieren obtenido los fines específicos de la privación de libertad, la pena de prisión a que se refieren los artículos anteriores se reducirá hasta en una

578

Si la liberación voluntaria procediere antes de las veinticuatro horas de la privación de libertad, sin que se hayan obtenido los fines específicos de ésta, se reducirá la pena de prisión hasta la mitad del máximo.

Los dos incisos del artículo contienen sendas atenuaciones aplicables tanto a la detención ilegal básica como al secuestro, como a las modalidades agravadas de uno y de otro, contempladas en el artículo 150, con la salvedad del número 2 de este, en el que la detención o secuestro, necesariamente, ha de exceder en su duración de ocho días. Esta es la única forma de entender la remisión que hacen los dos incisos del artículo 151 a “los artículos anteriores”.

Exigencia común a ambos incisos es que la liberación del sujeto pasivo se produzca de manera libre y espontánea por el sujeto activo, lo que hace inaplicable la atenuación en los casos en los que el detenido se fuga o es liberado por acciones de la policía o de otras personas, y que no se hayan logrado los fines específicos de la privación de libertad, con lo que la ley parece referirse tanto a las condiciones puestas en el secuestro como a las finalidades buscadas por el autor en la detención ilegal.

La atenuación debe mantenerse en los casos en los que el sujeto activo libera al detenido o secuestrado en los plazos citados en el artículo, ignorando que la condición o finalidad se ha cumplido.

El plazo de setenta y dos horas del inciso primero y el de veinticuatro del inciso segundo debe computarse desde la consumación del delito.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Constituye aplicación de la Teoría del “Puente de Plata”.

Algunos han pretendido asimilarlo al desistimiento; técnicamente no resulta serlo pues esa figura exige que el delito no se haya consumado, aquí desde que existe un espacio de tiempo prudencial mínimo se ha consumado la privación de libertad, no teniendo por ello la calidad de delito tentado. En la medida en que la libertad deriva de la misma presión del sujeto activo al verse acorralado la atenuante no resulta aplicable; como cuando el sujeto ante la presión policial decide poner en libertad a la víctima, no siendo en verdad un acto voluntario.

La forma de redacción determina el monto de pena a reducir, por ejemplo si partimos de la hipótesis de la pena oscilando de entre treinta y cuarenta y cinco años de prisión, en el primer inciso la pena puede rebajarse hasta en una tercera parte de cuarenta y cinco años que al ser quince restados de cuarenta y cinco hacen treinta años la pena mínima a imponer.

579

En el segundo caso la pena al ser la mitad del máximo la rebaja podría ser hasta veintidós años seis meses.

Pensamos que como una decisión político criminal que se destina a dar un mensaje de reducción de pena, es un mínimo; para el primer inciso la rebaja llega hasta la pena mínima, cuantía que se podría establecer tomando en cuenta la voluntariedad del secuestrados aun sin que legalmente se plasme esa atenuante. Por lo expuesto de lege ferenda la pena debió fijarse bajando del mínimo.

152

DETENCIÓN POR PARTICULAR

El particular que detuviere a una persona sorprendida en flagrancia y no diere cuenta con ella a la autoridad competente inmediatamente después de la captura, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

El precepto contiene un tipo atenuado de detención ilegal, caracterizado por la asunción por un particular de funciones propias de la autoridad pública, al encontrarse ante una infracción flagrante, en correspondencia a la cual detiene al autor de la misma, pero, incumple la obligación de constituirlo inmediatamente en poder de la autoridad competente, inmediatez esta cuyo significado será diferente según las circunstancias en las que se haya realizado la privación de libertad.

Según el artículo 288 del Código Procesal Penal:

580 *La Policía aprehenderá a quien sorprenda en flagrante delito. En el mismo caso, cualquier persona estará autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores e inmediatamente se entregará al aprehendido a la Policía Nacional Civil, para el inicio de la investigación correspondiente.*

Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado, o mientras es perseguido por la seguridad pública, por el ofendido, por una o más personas.

De este modo el artículo 152 viene a sancionar los excesos en el cumplimiento de las facultades que el precepto procesal concede a los particulares.

CAPÍTULO II

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA AUTONOMÍA PERSONAL

153

COACCIÓN

El que por medio de violencia obligare a otro a realizar, tolerar u omitir alguna acción, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Cuando la coacción ejercida tuviere por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental, se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años.

Tradicionalmente se considera al delito de coacción como la figura básica entre los atentados contra la libertad, entrando en juego cuando el hecho enjuiciado no se puede incluir en otras tipificaciones más específicas, de las que viene a ser un tipo subsidiario.

581

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Existe acuerdo unánime acerca de que el bien jurídico protegido es la libertad de obrar, es decir, la libertad de hacer o de dejar de hacer algo, sin embargo, no hay consenso sobre cual es el contenido de esa libertad de obrar, pues cabe dar tres sentidos a esta expresión:

- a) La libertad en sentido psicológico es un atributo de la voluntad, por lo que para que una persona pueda ejercitar su libertad de obrar es necesario que pueda disponer de su voluntad. Por eso decimos que quien no tiene voluntad no puede ser libre.
- b) En segundo lugar, cabe decir que una persona ejercita su libertad cuando pesa los aspectos positivos y negativos de una cuestión y decide sobre la actitud a tomar sobre la misma. Decimos que alguien es libre cuando toma una decisión sin influencias exteriores.

- c) Por último, una vez tomada la decisión de realizar una acción o de omitirla, la persona debe ejercitar su libertad llevando a cabo su decisión. Decimos que se es libre cuando se puede hacer lo que se ha decidido.

Cabe atacar a la libertad de obrar en cada una de estas fases, en la primera, por ejemplo, privando de sentido a la víctima, golpeándola, con un somnífero o mediante la hipnosis, en la segunda fase, mediante el anuncio de males que pueden afectar a la persona si toma una determinada decisión, y en la tercera, impidiéndole ejecutar lo decidido u obligándole a realizar lo que no quiere. Por esto hay varias posturas sobre el bien jurídico:

Para un sector doctrinal mayoritario el bien jurídico protegido es tanto la capacidad de decidir del sujeto pasivo como la libertad en la formación de la voluntad como el ejercicio externo de la voluntad ya formada, de modo que para ellos el bien jurídico es la total libertad de obrar.

582

Para otros autores, el bien jurídico solo lo son la primera y la tercera de estas fases, pues, estando claro para ellos que el delito de coacción protege la libertad de obrar en la tercera fase, también debe estar claro que se castigan los ataques más graves realizados contra la libertad del sujeto pasivo, producidos al privarle totalmente de conciencia, sin que quepan los ataques a la segunda de las fases de la libertad de obrar descritas, pues el único modo de atacarla es la vía moral de la intimidación, que para estos autores es propia de las amenazas.

Para un tercer sector el bien jurídico solo se encuentra en la tercera de estas fases, rechazando la primera por suponer una interpretación extensiva, pues a quien se le priva de la capacidad de decidir se le impide formar su voluntad y lo que la ley prohíbe en este delito es tan solo impedir que se realice esa misma voluntad y rechazando la segunda por lo ya visto.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquier persona, excepto los funcionarios, empleados públicos o encargados de un servicio público que estén en el desempeño de sus funciones, pues estos se ven sometidos al artículo 320, de actos arbitrarios.

Sujeto pasivo puede ser también cualquier persona que pueda tener voluntad, que sea susceptible de ser modificada o alterada por la violencia, de modo que no pueden serlo los carentes de toda voluntad, como los catatónicos o las personas dormidas, pero

pueden serlo los menores o los enfermos mentales, con tal de que puedan tener voluntad en uno u otro sentido.

C) CONDUCTA TIPICA

Se castiga en la ley obligar a otro con violencia, siendo necesario que entre estos dos términos exista relación de causalidad. Es necesario examinar por separado cada uno de estos tres términos.

Obligar a realizar, tolerar u omitir alguna acción. Significa forzar a otra persona a adoptar un comportamiento contrario a su voluntad, comportamiento éste que puede tener un significado activo, cuando se obliga a realizar una acción, u omisivo, en los casos en los que se obliga a tolerar una acción de otra persona o a omitir algún comportamiento propio. No existen dentro de la descripción típica referencias a la licitud o ilicitud de la acción a cuya realización u omisión se fuerza al sujeto activo. La conducta de quien impide a otro hacer algo prohibido por la ley penal no es constitutiva de coacción, al estar justificada por concurrencia de la circunstancia 1ª o 2ª del artículo 27 del Código Penal. Por contra, incurre en coacción quien emplea la violencia para evitar que otra persona realice un ilícito civil o administrativo o de cualquier otro orden no penal. Igualmente, en principio, impedir a otro que realice un acto típico y antijurídico aunque no culpable, como impedir a un enajenado que golpee a otra persona, podría ser constitutivo de este delito, pero, al igual que en el supuesto en el que se impide a otro que se suicide, partiendo de que el suicidio no es un hecho prohibido por la ley, en la práctica totalidad de los casos concurriría una circunstancia eximente.

583

Los resultados a los que se acaba de hacer referencia deben ser conseguidos mediante el uso de la violencia. La violencia es el denominador común de todas las coacciones y en todas debe estar presente, pero el concepto de violencia presenta problemas, aunque hoy el consenso mayoritario acepta un concepto amplio de violencia, incluyendo la fuerza física, la intimidación y la fuerza en las cosas que tenga efecto en el sujeto pasivo.

Inicialmente violencia era tan solo *vis corporis corpori afflicta*, la violencia física como fuerza material empleada sobre el cuerpo del sujeto pasivo que le impedía o le obligaba a hacer algo, sea aplicada por el propio sujeto activo de las coacciones o mediante el empleo de terceras personas. Posteriormente, al entender que respecto de la libertad de actuar de las personas la fuerza física y la fuerza psíquica tienen el mismo alcance, diferenciándose tan solo en que una afecta a la actuación y otra a la motivación, se incluyó en el concepto la *vis compulsiva*, fuerza psíquica o intimidación (aunque, como se ha dicho al considerar el bien jurídico protegido, no se puede olvidar que muchos

autores sostienen que no hay coacción cuando se usa la intimidación, pues, para ellos, esta afecta a la motivación de las decisiones y da lugar a amenazas). Por último, el sector mayoritario incluye también la *vis in rebus* o fuerza en las cosas que tenga efecto en las personas, de modo que, al final de este proceso de espiritualización, se entiende por violencia toda abierta negación por el sujeto activo de la libertad de realizar su voluntad por el sujeto pasivo.

Entre el uso de la violencia por el sujeto pasivo y la consecución del resultado consistente en la realización u omisión por el sujeto pasivo de una acción, debe existir un nexo causal, de tal modo que esta sea objetivamente imputable a aquella, en los términos de relatividad que supone valorar todos los elementos en los que actúen los sujetos activo y pasivo.

D) TIPO SUBJETIVO

Se requiere dolo directo, consistente en el conocimiento y voluntad de que con el uso de la violencia se doblega la voluntad ajena, por tanto no es posible la comisión con dolo indirecto ni con dolo eventual.

584 E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Hay unanimidad en que el delito es de resultado, por lo que, en primer lugar, como ya se ha dicho, será necesario acreditar la relación de causalidad entre la acción realizada por el sujeto activo y este resultado, y, en segundo lugar, la consumación requerirá la constatación de ese resultado, presente cuando el sujeto pasivo omite la acción, tolera la de otra persona o lleva a cabo una acción no derivada de su voluntad, por lo que caben las formas imperfectas de ejecución.

F) TIPO AGRAVADO

El inciso segundo eleva la pena en el caso de que la coacción tuviera por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental.

Al ser un tipo derivado del básico deben cumplirse todos los elementos de este y, pudiendo cometerse la coacción tanto cuando se impide hacer algo como cuando se obliga a realizar una acción, el tipo agravado se puede cometer impidiendo a alguien ejercitar un derecho fundamental como cuando se le obliga a llevar a cabo un comportamiento que afecta al derecho fundamental, siempre que se emplee la violencia ya definida como medio para tal resultado.

Por derechos fundamentales hay que entender aquellos consagrados de tal modo en la Constitución.

El tipo subjetivo requiere conocimiento de que se priva a otra persona de un derecho fundamental y voluntad de hacerlo así.

JURISPRUDENCIA.

“...Siendo el delito de coacción un delito de resultado, es necesario acreditar que existe relación de causalidad entre la acción realizada por el sujeto activo y el comportamiento efectuado por el sujeto pasivo como resultado de la acción ejecutada en su contra. El delito de coacción no existe si la acción a la que se pretendió obligar a la víctima no se consumó”. (Cámara de la Segunda Sección de Occidente, 05-02-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La coacción en esencia constituye un tipo residual por otras disposiciones típico-penales que establecen de entre sus elementos la violencia doblegadora de la voluntad de las personas.

585

Si bien tiene elementos comunes con el robo debe distinguírsele partiendo de la inmediatez; si la finalidad es la entrega inmediata de una cosa sería robo, y si lo es en el futuro coacción.

154

AMENAZAS

El que amenazare a otro con producirle a él o a su familia, un daño que constituyere delito, en sus personas, libertad, libertad sexual, honor o en su patrimonio, será sancionado con prisión de uno a tres años.

A) CONSIDERACIONES GENERALES

En sentido ordinario amenazar significa dar a entender a otro con actos o palabras que se le quiere causar algún mal. Pero, en el Código Penal, el término amenaza tiene un

contenido menos amplio, porque es necesario que el mal se dirija solo a la persona o familia del amenazado.

En el Código Penal se regula una falta de amenazas en el artículo 376 y se contempla un delito de amenazas en el artículo 154.

B) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En principio el punto de referencia de estos delitos es el concepto de libertad, entendido no como libertad política ejercitable frente al Estado, como derecho de resistencia frente al mismo, sino como la libertad ejercitable frente a los otros miembros de la comunidad en las relaciones sociales.

La libertad como bien jurídico es eminentemente relativa y disponible, y en cada caso, entre los delitos que la afectan, habrá que considerar si la conducta del sujeto activo es o no conforme con el ordenamiento jurídico y deberá considerar si el sujeto pasivo tenía interés en disponer de ese bien.

586 Como se ha mencionado al hablar de la coacción, hay tres posibilidades a la hora de considerar la libertad: bien como atributo de la voluntad, bien en la fase de determinación de la voluntad, o, bien, en la fase de ejecución de la voluntad ya determinada.

La postura mayoritaria sostiene que el bien jurídico es el mismo que en las coacciones: la libertad de obrar y la diferencia con este delito estaría en que en las amenazas se ataca ese bien jurídico durante su fase de determinación, durante la fase interna, introduciendo nuevos motivos en la consideración del sujeto pasivo, mientras que las coacciones incidirían en una u otra fase, según el tipo de violencia empleado. A la hora de diferenciar entre coacciones y amenazas y, especialmente, en los casos de vis física compulsiva, aquellos supuestos en los que la violencia típica de las coacciones se emplea también como amenaza, para esta postura, al tratarse de ataques a un mismo bien jurídico, la solución se encuentra en el artículo 7 del Código Penal, en el concurso de normas.

C) SUJETOS

El delito puede ser cometido por cualquier persona que pronostique la producción del mal, siendo indiferente que anuncie que lo va a causar él mismo u otra persona.

Sujeto pasivo es siempre la persona a la que se le anuncia el mal, sea o no él mismo la persona a la que puede afectar, ya que puede estar dirigido a esa persona, o a su

familia, entendida según el concepto civil. En general se acepta que los inimputables pueden ser sujetos pasivos, siempre que sean capaces de determinar su voluntad y de modificar esa determinación por la amenaza recibida.

D) CONDUCTA TIPICA

En todos los casos de amenazas, la acción consiste en la exteriorización del propósito de causar a otro un mal, entendiendo por éste la privación de un bien presente o futuro, haciendo creer firmemente al amenazado la seriedad y persistencia de ese anuncio, siendo indiferente como se haya logrado esa convicción. Al igual que en la coacción, no sólo hay que considerar la gravedad del mal anunciado, sino, también, su adecuación para intimidar, bastando que sea objetivamente adecuado para intimidar, sin que sea necesario que el sujeto pasivo se sienta intimidado. Caben tanto las formas de comisión activas, que serán las más frecuentes, como las omisivas y se puede realizar de palabra, por escrito, por gestos o de cualquier otra manera.

El mal pronosticado debe constituir uno de los delitos mencionados en el propio artículo 154, regulados en los cuatro primeros Títulos del Libro II del Código Penal, en el Capítulo primero del Título VI y en el Título VIII del mismo Libro. Por tanto no constituye delito de amenazas pronosticar a otro que se va a cometer en su contra otra clase de delito o cualquier falta.

587

E) TIPO SUBJETIVO

La descripción legal no deja lugar a dudas acerca de que el delito sólo puede ser cometido con dolo directo, pues se castiga una acción eminentemente intencional.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Es un delito de mera actividad, que se consuma cuando el anuncio del mal llega a conocimiento del sujeto pasivo, por lo que las amenazas que no llegan a conocimiento del amenazado, son atípicas, salvo supuestos excepcionales en los que el anuncio del mal llegue a conocimiento de otras personas. Es indiferente para la consumación que el sujeto activo tenga o no verdadera intención de cumplir la amenaza.

JURISPRUDENCIA.

“...Además de ser injusta la amenaza debe reunir alguna características como: La seriedad y gravedad. 1.- La amenaza es seria cuando representa un mal injusto y es posible. Además el mal amenazado debe depender de la voluntad de la persona que

realiza la amenaza; si el mal no depende de la voluntad del agente, no hay amenaza.

2.- La Amenaza también debe ser grave; no basta con el mero anuncio: es necesario que este sea capaz de alarmar o amedrentar al sujeto pasivo. Por otro lado se exige posibilidad de idoneidad de la amenaza pues si la amenaza no se puede realizar y el sujeto pasivo lo sabe, no hay delito. De igual forma, si la amenaza no es idónea para atemorizar o turbar el ánimo del sujeto pasivo, no se configura el delito.”

El delito de Amenazas está clasificado dentro de los delitos de mera actividad, por tanto, el delito se consuma cuando se le manifiesta a otra persona y ésta conocedora del daño inminente para él o su familia; de ahí que, las amenazas que no llegan al conocimiento del sujeto pasivo se vuelven atípicas. (T.S. 1º Santa Ana, 13-01-00)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El mal anunciado debe ser algo efectivamente realizable, para el caso susceptible de ser realizado por el autor o un tercero, “amenazar con el fin del mundo”, “amenazar con la fulminación de un rayo”: serían en tal caso para algunos tentativas irreales o supersticiosas sin relevancia típico-penal; pero se sugiere tratar de manera distinta tales casos de aquellos en los que aunque hay una idoneidad objetiva para constreñir el sujeto pasivo -sea por lo que fuere- no se sienta constreñido⁵⁶.

588

Los criterios son variados algunos exigen que el anuncio del mal haya amedrentado a la víctima en el caso concreto; otros exigen que la amenaza sea susceptible de intimidar en general, aunque no lo haya logrado.

Las amenazas tiene un contenido residual, pues pueden constituir actos preparatorios de otros delitos: conducción a punta de arma de la víctima al lugar de la violencia sexual.

Sujeto Pasivo.

Es discutible si esta conducta puede recaer por sobre una persona jurídica señalándose las posibilidades siguientes: el mal que va a recaer sobre la persona jurídica también afecta a la persona física de forma directa; en otras el mal sobre la persona jurídica produce secundaria o indirectamente un mal sobre la persona física; en otras el fin aparentemente se enfila a la persona jurídica teniendo como objetivo a la persona física. Aun teniendo como destinatario a la persona jurídica, ante el hecho que por ficción se le da existencia cuando en realidad personas físicas la dirigen, siempre se enriende amenazada a una persona física.

Concurso de Delitos.

Dependiendo del número de sujetos pasivos así será el número de delitos cometidos, atendiendo a que se trata de un bien jurídico personalísimo, varias libertades afectadas a un mismo tiempo.

Diferencia entre Coacción y Amenazas.

En el delito de coacción es necesario el uso de la violencia, en la amenaza no necesariamente debe emplearse la violencia; ambos delitos protegen la Libertad de obrar pero en diferentes fases, la coacción lo hace en la fase externa de la voluntad y las Amenazas en la fase interna de la voluntad". (T.S. 3º S.S., 13-07-00)

155

AGRAVACIÓN ESPECIAL

En los casos de los artículos anteriores se considerarán agravantes especiales que el hecho fuere cometido con arma o por dos o más personas reunidas o si las amenazas fueren anónimas o condicionales. En estos casos la sanción se aumentará hasta en una tercera parte de su máximo.

589

Las agravaciones recogidas en el artículo 155, cuatro en total, son aplicables por igual a la coacción y a las amenazas:

A) Coacción o amenazas cometidas con arma. Por arma debe entenderse todo objeto cuya finalidad propia sea el ataque o la defensa, incluyendo armas de fuego, armas blancas o de cualquier otra clase. La ley no hace referencia a objetos distintos a las armas pero cuya peligrosidad pueda ser equivalente, como los bates de béisbol o las jeringuillas. Aunque estos instrumentos puedan significar un riesgo para las personas similar al de ciertas armas, la necesidad de realizar una interpretación que no signifique una analogía prohibida en contra del reo debe excluir la agravación cuando se usen.

La coacción o las amenazas deben ser cometidas con las armas, lo que implica su uso, bastando la mera exhibición, sin que sea necesario la realización de disparos o intentos de agresión.

B) Coacción o amenazas cometidas por dos o más personas reunidas. La agravación obedece a la mayor intensidad de la violencia o del pronóstico del mal en estos casos.

Es necesario que los sujetos activos actúen de común acuerdo, sin que sea preciso que todos ellos ejerzan la violencia o formulen la amenaza, siendo suficiente que su comportamiento externo muestre su colaboración en los hechos.

C) Coacción o amenazas anónimas. La agravación obedece a un doble motivo: en primer lugar, la mayor perturbación que puede causar en el sujeto pasivo la ignorancia acerca del origen de la violencia o intimidación ejercidas contra él, y, en segundo lugar, la imposibilidad de aprestarse para la defensa contra un ataque del que se ignora el origen.

D) Coacción o amenazas condicionales. La agravación carece de contenido al hacer referencia a la coacción, en la que el sujeto activo siempre busca la consecución de una finalidad, para lograr la cual emplea la violencia. En cambio, son posibles supuestos de amenazas sin que el sujeto activo intente lograr un comportamiento concreto del sujeto pasivo, lo que nos enfrenta al tipo básico, y casos en los que con el mal que se pronostica se busque dirigir la conducta del sujeto pasivo por una vía determinada, caso éste del subtipo ahora comentado.

590 Es tradicional la discusión acerca de cual sea la distinción entre las amenazas condicionales y la coacción si se acepta, como hace la doctrina mayoritaria, que dentro de la violencia, esencial a la coacción, está incluida la intimidación. La solución debe venir de la aplicación de los criterios del concurso aparente de normas del artículo 7, al que nos remitimos.

JURISPRUDENCIA.

“..La figura penal de Amenazas con Agravación Especial, Artículos 154 y 155 ambos del Código Penal, sancionado con la pena mínima de un año de prisión a una máxima de cuatro años de prisión, en razón que el legislador especifica que en la agravación especial la sanción se aumentara hasta en una tercera parte de su máximo, entiéndase que se mantiene la pena del delito tipo, con el aumento de la tercera parte sobre la misma...” (T.S. Sensuntepeque, 12-08-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

No se percibe una diferencia de la amenaza condicional y la coacción.

La existencia de algunas de las agravantes no se hacer entender que se trata de un delito autónomo más bien se tratan de circunstancias que hacen elevar la pena; no existe un nomen iuris propio, por ende la calificación de cualquier hecho en caso de

concurrir estas agravantes siempre es COACCION o AMENAZAS en su caso, nunca será nominado amenazas agravadas; la anterior interpretación permite incluir a las amenazas donde concurre la agravante especial como uno de los supuestos susceptibles de ser conciliado según lo dispuesto en los arts. 26 No 3 y 32 No 2 CP.

Respecto a la penalidad mantenemos el criterio similar a las Lesiones Agravadas, el Secuestro con agravación especial; en el sentido de que la pena a fijarse ha de partir la de fijar la concreta para el tipo básico, a la que se le hará un aumento hasta en una tercer parte del máximo. En el sentido expuesto en el caso de las amenazas por ejemplo para el básico se le podría fijar un año; pero al concurrir la agravante se le puede adicionar a la pena desde un día hasta un año; consecuente con lo anterior la pena a fijar puede ser por ejemplo un año un día.

En algunos fallos se ha entendido que la pena mínima es el máximo del de lo expresado en los arts. 153 o 154.

CAPÍTULO III

DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA EXPERIMENTACIÓN

156

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA

El que inseminare artificialmente a una mujer sin su consentimiento, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

El que inseminare mujer soltera menor de catorce años, será sancionado con prisión de tres a seis años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

592

Es la libertad, concepto que ya ha sido definido en los comentarios efectuados con anterioridad y, dentro de ella, la libertad de obrar en un aspecto muy concreto, cual es la decisión en torno a la realización o no de la técnica de reproducción asistida consistente en la inseminación artificial. La especial trascendencia de estas actividades sobre la intimidad de las personas, así como sobre el nacimiento de nuevas vidas justifica la punición de los delitos en un capítulo especial y, además, inmediatamente anterior a los delitos contra la libertad sexual, ya que comparte características de ambos grupos de delitos.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera, aunque, naturalmente, el delito, en la práctica, sólo lo van a poder cometer personas con la suficiente formación y conocimientos para efectuar una inseminación artificial, mientras que el sujeto pasivo puede ser, exclusivamente, una mujer, la cual, si es soltera y menor de catorce años, dará lugar a la aplicación de la penalidad agravada prevista en la parte final del artículo. Parece criticable no haber equiparado a estos casos los de mujeres incapacitadas, cuya falta de capacidad no es subsanable por ninguna vía.

C) CONDUCTA TIPICA

El delito sólo puede ser cometido por acción, no siendo admisible la omisión.

Consiste tan solo en la realización de una inseminación artificial, pero no en la realización, en contra de la voluntad de la mujer, de cualquiera de las otras técnicas de reproducción asistida hoy conocidas: la fecundación in vitro, la fecundación in vitro con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos.

En el inciso primero, la realización de la inseminación artificial, para ser constitutiva de delito, debe ser llevada a cabo sin consentimiento de la mujer, por lo que ésta deberá estar privada de sentido, por encontrarse inconsciente por estar sedada, anestesiada, drogada, embriagada o por otro motivo, o, bien, privada de razón por estar enajenada, o bien, su oposición ha tenido que ser vencida mediante el uso de violencia, física o mental, pero no el engaño o fraude, que es castigado en el artículo siguiente.

En el inciso segundo la conducta es punible aunque se cuente con el consentimiento de la mujer, pues el que hace atípica la conducta debe provenir de mujer mayor de edad y en plenitud de sus facultades y careciendo de vicios de la voluntad.

593**D) TIPO SUBJETIVO**

El delito se puede cometer con dolo directo y con dolo eventual, aunque éste, en la práctica, será de difícil presentación.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación del delito se produce por la realización de la inseminación, cabe la tentativa cuando se han iniciado los actos técnicos necesarios pero no se han concluido, o cuando se han empleado medios comisivos como la violencia para practicar la inseminación. La consumación no requiere que se produzca embarazo ni ningún otro resultado posterior.

F) CONCURSOS

Los hechos en los que el consentimiento de la mujer no sea válido, por haber sido conseguido por violencia o amenaza deben ser castigados a través de un concurso de normas entre el delito que estamos considerando y los de coacciones o amenazas, a resolver en favor del primero por especialidad.

En los supuestos en los que se haya usado la violencia y ésta haya producido resultados lesivos para la vida o la salud de la mujer, existirá un concurso ideal de delitos entre el ahora comentado y el correspondiente de homicidio o de lesiones.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Esta regulación viene a llenar un vacío de punibilidad.

Esta conducta que en el fondo atenta contra la libertad y dignidad de la mujer y su derecho a no ser considerada como un mero receptáculo reproductor de la especie humana.

Muñoz Conde analizando la legislación española indica que los supuestos de inseminación articula punible encajan en los casos de permisión de aborto⁵⁷.

Aunque el texto que se actualiza al analizar el inciso segundo refiere a una protección penal a partir de los dieciocho años, desde en ángulo penal la regulación es a partir de los catorce años y no de la mayoría de edad; en el sentido anterior no es punible la inseminación consentida sin fraude en mujer de catorce o más años.

594

157

INSEMINACIÓN FRAUDULENTA

El que alterare fraudulentamente las condiciones pactadas para ejecutar una inseminación artificial o lograre el consentimiento mediante engaño o falsa promesa, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

El artículo castiga de manera atenuada los supuestos en los que hay consentimiento de una mujer mayor de edad y consciente, pero tal consentimiento se encuentra viciado al haber sido prestado por engaño. La redacción del precepto es redundante, pues todas las posibilidades que cita se reducen al uso de un engaño bastante para lograr el consentimiento de la mujer para ser inseminada artificialmente.

El resto de los elementos son comunes con los del artículo anterior.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Como ejemplos cabe indicar cuando se le hace ver a la mujer que el semen con que se fecunda es de su marido, siendo de otro.

TÍTULO IV

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

CAPÍTULO I

DE LA VIOLACIÓN Y OTRAS AGRESIONES SEXUALES

158

VIOLACIÓN

El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años.

596 A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En los delitos comprendidos en el Título IV del Libro II del Código Penal el bien jurídico protegido es, como indica la rúbrica del Título, la libertad sexual, concepto carente de carga valorativa que hace referencia a aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, en el sentido de disposición sexual sobre el propio cuerpo, en la doble vertiente positiva y negativa. Positivamente se ejerce la libertad sexual al decidir libremente implicarse en una situación sexual con otra persona, negativamente se ejerce al decidir con la misma libertad no implicarse sexualmente en un ambiente sexual.

B) SUJETOS

En principio pueden ser sujeto activo tanto hombres como mujeres, pues como se considerará al hacer mención a la conducta típica, la definición de ésta como “acceso carnal por vía vaginal o anal”, permite castigar tanto la conducta del varón que, mediante violencia, consigue el acceso vaginal con una mujer o el acceso anal con una mujer o con un hombre, como la conducta de la mujer que, con violencia, obliga a un hombre a tener con ella acceso vaginal o anal o la de un hombre que, con la violencia típica, obliga a otro hombre a tener con él un acceso anal.

Sujeto pasivo, por lo que se acaba de afirmar, puede ser tanto un hombre como una mujer. No cabe la existencia de delito de violación en relaciones homosexuales femeninas, pues el acceso carnal requiere la participación de un órgano genital masculino. Es posible la violación dentro del matrimonio, sea el violador el marido o la esposa, pues el contrato matrimonial no otorga a ninguno de los dos cónyuges derecho para realizar el acto sexual.

Si el sujeto pasivo es menor de doce años, persona enajenada, inconsciente o incapaz de resistir y, en estos últimos tres casos, el sujeto activo se aprovecha de estos estados, procede la aplicación del artículo siguiente.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en la realización del acceso carnal vaginal o anal mediante violencia, por lo que entre ésta y aquellos actos debe haber la necesaria relación.

El concepto de violencia incluye la intimidación, pues el uso de uno o de otra denotan claramente la voluntad contraria del sujeto pasivo a la realización de los actos sexuales. El concepto de violencia física supone la utilización de un acto físico sobre el cuerpo del sujeto pasivo, dirigido a lograr el acto sexual. El empleo de violencia sobre persona distinta del sujeto pasivo, para lograr el consentimiento de éste dará lugar a intimidación. La violencia ejercida ha de estar en relación causal con el acto sexual y ha de ser idónea para lograr éste en contra de la voluntad de la víctima. No es preciso que ésta oponga resistencia desesperada o heroica, sino que la violencia usada por el sujeto activo y la resistencia opuesta por el sujeto pasivo deben ser valoradas de acuerdo con todas las circunstancias objetivas y subjetivas. La violencia puede ser ejercida por persona distinta de la que realiza el acto sexual, como en los casos en los que una o más personas sujetan a la víctima, mientras otro realiza el acceso vaginal o anal.

597

La intimidación existe cuando se amenaza al sujeto pasivo con causar un mal si no accede al acto sexual. Es necesario, por tanto, que el sujeto pasivo no preste su consentimiento voluntario a la realización de ese acto y que se emplee para vencer su opuesta voluntad una intimidación suficiente para vencerla, por tanto debe ser una intimidación grave, dirigida contra bienes del propio sujeto pasivo o de una persona cercana a él, valorando la totalidad de las circunstancias concurrentes, como las condiciones físicas, edad, contexto social, lugar, instrucción, para determinar si tal amenaza era o no grave.

La violencia o la intimidación deben ser empleadas para lograr la realización del acceso carnal por vía vaginal o anal. Por acceso carnal por vía vaginal se conoce la introducción

del órgano genital masculino en la vagina femenina. La conducta castigada es tener acceso carnal por esta vía empleando violencia para ello, por lo que se castiga tanto al hombre como a la mujer que emplean la violencia para el acoplamiento de los órganos sexuales. El acceso carnal por vía anal supone la introducción del pene en el ano de otra persona, sea hombre o mujer, y deben ser reproducidas las mismas afirmaciones en cuanto a la posibilidad de que el sujeto activo sea el hombre que introduce su órgano genital como el hombre o la mujer que se lo hacen introducir, siempre con violencia.

D) TIPO SUBJETIVO

Sólo es posible la realización de la conducta con dolo directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito es de mera actividad y queda consumado desde la introducción del órgano genital masculino en la vagina o en el ano, y se entenderá producida la introducción desde que el pene supere el portal himeneal o los esfínteres anales. Cabe la tentativa cuando se ha iniciado la ejecución del delito, por ejemplo, con el ejercicio de la violencia o de la intimidación, y no se ha producido la introducción, e, igualmente, en los casos de desproporción de genitales que la impide.

598

F) AUTORIA Y PARTICIPACION

Autor en sentido estricto solo puede ser quien realiza la conducta sexual, aunque caben supuestos de coautoría en los que una persona ejerce la violencia o la intimidación, mientras otra realiza el comportamiento sexual.

G) CONCURSOS

A la vista del artículo 42, inciso segundo, no hay obstáculo para la aplicación del delito continuado en los casos en los que se produzca por una persona más de un acceso carnal vaginal o anal con el mismo sujeto pasivo. En los casos en los que el uso de la violencia haya dado lugar a resultados lesivos, si la violencia empleada ha sido la necesaria para la realización del tipo, como por ejemplo, pequeñas rozaduras o hematomas por haber agarrado fuertemente a la víctima, aquellos resultados quedarán subsumidos, dando lugar, en otro caso, a un concurso real de delitos.

JURISPRUDENCIA .

“La violación -como tipo penal genérico- está clasificada dentro de los delitos de mera actividad; por lo tanto, la estructura básica de la acción es sumamente simple por cuanto el hecho punible queda consumado desde la introducción del órgano genital masculino en la vagina y/o en el ano de la víctima; es decir, que tanto acción como resultado se funden dentro de la conducta típica prevista por el legislador; por ello, no cabe aquí alegar sobre la relación de causalidad. La conducta prohibida, para el caso que nos ocupa, consiste en el simple acceso carnal vaginal; considerando los Suscritos a este acceso como un elemento normativo cultural que no merece profundización teórica” (T.S. 1° Santa Ana, 03-03-03; 20-03-02; 18-10-01; 20-08-01)

“La libertad sexual ha de entenderse como aquel derecho individual que asiste a toda persona para poder elegir el momento o el sujeto con el cual se tendrá un acceso carnal; de ello es asequible colegir que tal concepción implica que una persona tiene la facultad de disponer de su propio cuerpo en este aspecto...el hecho punible queda consumado desde la introducción del órgano genital masculino en la vagina o en el ano de la víctima, careciendo de prescindencia que la penetración sea incompleta o, que el sujeto activo no logre con su accionar la plenitud del coito; es decir, que tanto acción como resultado se funden dentro de la conducta típica prevista por el legislador; por tanto no cabe aquí alegar sobre la imputación objetiva.” (T.S. 1° Santa Ana, 11-09-00)

599

“... violación, "violencia", se considera un elemento normativo de carácter cultural .. no debe interpretarse en el único sentido de fuerza física, que también implica la coacción moral..se materializa ya sea porque un sujeto, empleando todo su potencial físico, obliga a otro al acceso carnal una vez que ha logrado doblegar su resistencia y oposición; o bien, porque el sujeto, amenazando con ocasionar un mal mayor, logra el acceso carnal con su víctima...” (T.S. 1° Santa Ana, 14-11-00)

“Se ha admitido la VIOLACION en el marco de delito continuado “ya que fue accesada la menor víctima en tres ocasiones por lo que se sancionará al culpable por un único delito con el máximo de la pena prevista para ésta” (T.S. 1° S.S., 22-08-02)

“...No existe independencia entre el daño provocado al patrimonio y el daño provocado a la Libertad Sexual, por lo cual se configura lo establecido en el Artículo 40 del Código Penal, ..deberá determinarse la pena... habiéndose acotado que el delito de Violación Agravada, es considerado más grave que la afectación patrimonial, correspondería por ende, determinar la pena con base a éste y ya determinada, la que corresponde a este delito se podrá aumentar hasta en una tercera parte de la pena determinada” (T.S. Chalatenango, 06-03-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.***Sujeto Activo.***

La admisión de una mujer como autor directo en una violación constituye un criterio con tendencia a ser admitido⁵⁸ hay otro sector que de plano la rechaza⁵⁹.

Como ejemplo se indica el de que una mujer ata a un hombre a unas silla, inyectándole una sustancia vaso dilatadora en su pene provocando su erección y posteriormente lo introduce en su vaguita; habría que imaginarse la relación sexual de una mujer que provoca erección en un menor de doce años, o en un enajenado mental.

Probablemente resulte poco concebible admitir a la mujer como sujeto activo. Pensamos que la redacción de un tipo penal debe ser lo suficientemente flexible como para poder dar cabida a supuestos de relaciones sexuales no consentidas amparando la libertad de cualquier persona sin distinguir el sexo.

600

Los antecedentes legislativos indican una posición legislativa acerca que sólo el hombre puede ser sujetos activo; la lectura de capítulo de los delitos relativos a la libertad sexual del Código de 1974 determina una clara posición legal de considerar al hombre (en sentido estricto) como único sujeto activo del delito descartando a la mujer cuando da a entender a la mujer como único sujeto pasivo (arts. 192 (violación propia Art. 193 Violación presunta, "...acceso carnal con mujer..."; en el caso de la violación presunta indicaba "el acceso carnal realizado por varón...")

En Costa Rica para despejar cualquier margen a la interpretación se reformó por ley No.7899 de 3 de agosto de 1999 el Código Penal así:

Violación.

Artículo 156.- Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo,

Adecuación Típica.

La violencia usada se sostiene debe ser firme y sostenida; no se trata del caso de una resistencia inicial la que desaparece después de una forma voluntaria espontánea, que restaría de ilícita la conducta. No cabe descartar la violación cuando se desiste de la resistencia más por resignación o temor a ser golpeada (o) que por deseo.

Se ha considerado que el temor reverencial, cuando median relaciones de parentesco o dependencia no es suficiente por sí mismo, para acreditar la intimidación; más bien son circunstancias que la califican.⁶⁰

El acceso carnal como elemento típico no exige una penetración total; tampoco por ende requiere que el hombre eyacule.

Aunque exista penetración sexual completa no se requiere como resultado ruptura del himen, pues en algunas relaciones sexuales ese efecto no se produce. Lo anterior en razón que atendiendo al tipo de himen se dará la ruptura o desgarró; un himen dilatado (conocido como complaciente) muestra un orificio que permite el ingreso del pene o de dos dedos sin romperse y vuelve a las dimensiones normales una vez que uno de aquellos sale⁶¹; un himen que no se presente las anteriores característica al ingreso del pene tendrá desgarró o ruptura.

Tipo Subjetivo.

Esta figura delictiva no requiere algún elemento subjetivo especial del dolo. Aunque pueda coexistir el ánimo libidinoso debemos entender que el mismo no es necesario se profile, pongamos como ejemplo la violencia sexual realizada sin más ánimo que el de venganza, no deja de ser violación sexual por no aparejarse el ánimo libidinoso.

601

Autoría y Participación.

Es discutible la consideración de delito de propia mano de la violación. La conclusión sobre ello tiene repercusiones en la calificación que ha de darse a la forma de intervención en los hechos.

La consideración de propia mano limita el ámbito de la autoría a la inmediata, dejando por fuera la coautoría. Algún sector dejando de la lado la consideración como de propia mano admite la posibilidad de la coautoría en el caso de sujetos que si bien no realizan el acceso carnal, realizan otros actos que son ejecutivos como es la violencia física o moral sobre la víctima, en otras palabras un auxilio indispensable para el autor, pero ostentando el dominio del hecho; otro sector aunque admite la calidad de delito de propia mano acepta la coautoría⁶².

La doctrina prácticamente no ha pretendido profundizar en la terminación del alcance de lo que se entiende por delito de propia mano, pero algunos dejan entrever su existencia⁶³. Si se estima que el delito de violación es de resultado, tal dato sería indicativo de que no es de propia mano.

La literalidad del Art. 158 es determinante para considerarlo como un delito de mera actividad. La conducta consiste en un simple hacer: tener acceso carnal, sin requerirse que produzca en la víctima alguna consecuencia distinta del mero acceso, ni separable de él temporal o espacialmente.

Un sector de la doctrina reconoce a la violación como uno de los típicos ejemplos de delitos de mera actividad⁶⁴; otro como un delito de resultado descartando a la vez que sea de propia mano⁶⁵:

Para Roxin la violación no encaja en los delitos de propia mano, puesto que no se aviene con ninguna de las características restrictivas que él señalara a esa categoría (no se trata del incumplimiento de un deber, ni un tipo penal de autor y sí hay un bien jurídico que se vulnera).

Por la naturaleza de la conducta se rechaza ala autoría mediata⁶⁶.

Castillo rechaza la admisión de la violación como delito de propia mano, por consiguiente admite la autoría mediata⁶⁷.

Iter Criminis.

602 A veces la actividad encaminada a la realización del acto sexual son actos que objetivamente encajan en el delito de Otras Agresiones Sexuales, por lo que a veces resulta difícil establecer una delimitación entre éstos y la tentativa de violación (que para algunos no cabe admitirla); sin embargo hemos de ver que los hechos objetivos en un momento determinado pueden esclarecer y determinar el elemento subjetivo de la violación sexual, con el consiguiente peligro a la misma.

Concursos.

Si el ejercicio de la violencia o el resultado de la misma conlleva daños en la salud debemos entender la existencia de un concurso de delitos, como cuando se transmite una enfermedad venérea o el VIH (SIDA); o cuando se realizan golpes que exceden de lo necesario.

Si se perfila una privación de libertad en el marco de un tiempo que haga guardar a ésta independencia hay concurso.-

En caso de ingreso a una vivienda como paso previo hay concurso en tanto que la violación del domicilio no es elemento del tipo; distinto es el caso en otros delitos donde tal ingreso es comprendido en el tipo, por ejemplo en el hurto agravado por escalamiento.

159

Art. 4.- Refórmase el Art. 159, así:

“VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de catorce a veinte años.

Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este artículo.”

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Se ha afirmado habitualmente que las personas de muy corta edad o los incapaces carecen de libertad sexual, pues su desarrollo personal o la situación de sus capacidades físicas o intelectuales no les permite conocer el significado de los actos sexuales, por lo que carecen de la necesaria autonomía para determinar su comportamiento sexual. Así respecto de los menores se afirma que la realización de actos de esta naturaleza puede afectar a su equilibrio psíquico y al correcto desarrollo de su personalidad, por lo que, en estos casos, el bien jurídico protegido sería la indemnidad o la intangibilidad sexual de estas personas, para asegurar que tengan libertad sexual en el futuro. La misma razón existe en los casos de enajenación mental, dentro de los que debe entenderse comprendidos los supuestos de deficiencia mental. Por contra, los casos de personas inconscientes o de incapacidad para resistir pueden obedecer a sujetos que tienen libertad sexual, pero se encuentran en una situación que les impide ejercerla.

603

B) SUJETOS

Deben darse por reproducidas las consideraciones realizadas en el artículo anterior en cuanto al sujeto activo.

El sujeto pasivo deberá ser:

- a) Un menor de doce años de edad, lo que debe entenderse como edad cronológica, siendo doce años cumplidos;
- b) Persona enajenada, no bastando la mera constatación de esta situación, pues la ley exige, para que exista violación, que el sujeto activo haya logrado el acceso carnal aprovechándose de esta situación, por lo que si el sujeto pasivo, pese a sufrir enajenación mental, tuviese capacidad intelectual para comprender el alcance del acto sexual y capacidad volitiva para consentir su realización no se cumplirían los requisitos del tipo;
- c) Persona inconsciente, falta de conciencia que puede proceder de situaciones internas al sujeto pasivo, como el desmayo, o externas al mismo, como la anestesia, la drogadicción, la embriaguez u otras. En todo caso, la ley exige también que el sujeto activo se haya aprovechado de esta situación, por lo que la comisión del tipo exige acreditar que, de haber estado consciente el sujeto pasivo, se habría opuesto al acto sexual;
- d) Persona incapaz de resistir, incapacidad cuyo origen no se limita, pudiendo ser una persona en estado de shock, una persona paralítica o tetrapléjica, o una persona previamente inmovilizada para otros fines distintos, entre otras posibilidades, exigiendo también la ley el aprovechamiento de la circunstancia.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en la realización del acceso carnal vaginal o anal, en los términos expuestos en el artículo anterior, sin que, en el presente caso, sea necesario el uso de violencia, ante la situación del sujeto pasivo. En el caso del menor de doce años es indiferente que este consienta o no en los actos del sujeto activo y, en el caso de que éste emplee violencia o intimidación, es preferente la aplicación del artículo 159, criterio que es reproducible respecto del enajenado, sin que, en los casos de inconsciencia o imposibilidad de resistencia, el sujeto activo precise el uso de la violencia. Por estos motivos estamos en presencia de una violación presunta.

En todos los demás aspectos, es aplicable el comentario realizado en el artículo anterior.

JURISPRUDENCIA.

“Las personas menores de edad, las personas incapaces, o las personas que se encuentren imposibilitadas de resistir una agresión de este tipo, carecen de libertad

sexual, pues su desarrollo personal o la situación de sus capacidades físicas o intelectuales no les permite conocer el significado de los actos sexuales, o no les permite repeler los mismos, por lo que carecen de la necesaria autonomía para determinar su comportamiento sexual, por lo que se sostiene que en estos caso el bien jurídico protegido sería la indemnidad o intangibilidad sexual de estas personas.” (T.S. 5° S.S., 05-03-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Algunos entienden la enajenación mental equivalente de enfermedad mental que prohíbe a la persona de la capacidad de querer validamente: psicosis, oligofrenia.

El estado de inconsciencia no deriva necesariamente de un origen patológico, quedando incluidos los estados de sueño, embriaguez alcohólica, obnubilación por drogas o fiebre alta, hipnosis, provocados sea o no por el sujeto activo.

La incapacidad de resistir es un estado que le impide al sujeto activo ofrecer algún tipo de oposición a la agresión en su contra: parálisis, tetraplegias, enfermos, edad avanzada.

Bien Jurídico.

605

Ante personas adultas en su sano juicio el tipo de relaciones sexuales que son objeto de punición la son aquéllas realizadas en contra de su voluntad, por ende no cabe duda que la libertad sexual es lo que constituye el objeto de discusión.

En el caso de los menores y de los incapaces mentalmente resulta discutible hablar de violación a esa libertad sexual, si precisamente se sanciona por cuestionarse la validez del consentimiento, por lo anterior más bien se recurre a conceptos de “Intangibilidad o indemnidad”

En el caso de los menores la actividad sexual con ellos es prohibida por cuanto puede verse afectado el desarrollo de su personalidad, y darse alteraciones relevantes que incida en su vida o su equilibrio psíquico futuro; aunque lo anterior para algunos resulte cuestionable hay consenso legislativo en los diversos países ara sancionar conductas como la que se analiza.

Muñoz Conde⁶⁸ se inclina por pensar que más bien se “pretende proteger la libertad del menor en el futuro para que cuando sea adulto, decida en libertad su comportamiento sexual; pero, mientras tanto, esta libertad podrá ser abstractamente puesta en peligro, nunca lesionada, porque no se puede lesionar lo que aun no existe”.

En el caso de los enajenados el problema se complica pues con una interpretación cerrada puede resultar cuestionada si se pone discusión la libertad sexual del enajenado. Por lo anterior se alude a situaciones graduables, diferentes en cada caso y persona.

La libertad sexual supone determinada capacidad para tener una comprensión del alcance del acto sexual; como una facultad volitiva indispensable para consentir. Si se está ante un caso de una enajenación completa, por ende una libertad inexistente sin lugar a dudas el delito existe; en este punto por ende no se protege la libertad sexual, sino la falta de libertad.

En el caso del menor prácticamente hay una presunción iuris et de iure que no admite prueba en contrario; en el caso de los enajenados se admite en la doctrina prueba en contrario, es decir de establecer que haya capacidad para consentir por lo menos en el ámbito de la sexualidad; en el sentido anterior si el delito exige un aprovechamiento; y si tal no se da sino más bien un ejercicio de la libertad sexual no puede estimarse lesionado algún bien jurídico por ende se descarta la tipicidad.

Tipo Subjetivo.

606 Tomando en consideración el carácter doloso de esta conducta, se requiere el conocimiento de la edad de la víctima. La falsa apreciación de la edad constituye un error de tipo. Si el error es relacionado al desconocimiento de la prohibición legal de tener relaciones sexuales consentidas con una persona menor de doce años, la discusión gira en torno al error de prohibición, quedando por ende intacto la tipicidad, de ahí que si el mismo es invencible la conducta será inculpable, y si es vencible será punible en los términos indicados por el Art. 69 CP.

160

OTRAS AGRESIONES SEXUALES

El que realizare en otra persona cualquier agresión sexual que no sea constitutiva de violación, será sancionado con prisión de tres a seis años.

Si la agresión sexual consistiere en acceso carnal bucal, o introducción de objetos en vía vaginal o anal, la sanción será de seis a diez años de prisión.

El artículo 160 castiga, en su primer inciso, el empleo de violencia para la realización de actos sexuales distintos del acceso carnal vaginal, anal o bucal o de la introducción de objetos. Es cierto que en el precepto no se hace mención al concepto “violencia”, pero no es menos cierto que su presencia se ve implícitamente reclamada por el uso de la expresión “agresión”, que implica un acometimiento en contra del sujeto pasivo. Se trata de los casos en los que el sujeto activo, mediante el empleo de la violencia, obliga al sujeto pasivo a soportar tocamientos o besos de otra persona o a realizar tales tocamientos o besos a otra persona, sea ésta o no el sujeto activo, así como del uso de la violencia para obligar a alguien a realizar actos de bestialismo o necrofilia, pero no la mera contemplación de la desnudez. Tradicionalmente se ha exigido contacto físico entre los sujetos, lo que excluiría la punición de los actos en los que mediante violencia se obliga a otra persona a masturbarse, criterio apoyado por el uso del término agresión, que indica acometimiento físico.

Los actos deben tener, en el contexto social en el que se producen y según los sujetos intervinientes, contenido sexual, debiendo tener cierta gravedad y trascendencia y ser potencialmente idóneos para afectar de modo relevante la sexualidad ajena.

El inciso segundo castiga la agresión sexual consistente en el acceso carnal bucal o la introducción de objetos en vía vaginal o anal.

607

El acceso carnal bucal supone la introducción del órgano genital masculino en la boca de otra persona, sea hombre o mujer, y, reiterando lo ya dicho, el sujeto activo puede ser tanto el que introduce el pene como el que se hace introducir el pene de otra persona, siempre con violencia. La introducción queda consumada desde que el pene supera el límite delimitado por los labios y los dientes.

La introducción de objetos hace referencia a instrumentos o cosas, cuerpos sólidos distintos a partes del cuerpo como dedos o lengua, pudiendo ser objetos a los que el sujeto activo atribuya significación sexual, sin que sea imprescindible que imiten al órgano genital masculino, aunque lo más frecuente será que sean similares en tamaño y forma. Las vías de acceso quedan limitadas a la vagina y al ano.

JURISPRUDENCIA.

“Otras Agresiones sexuales...para la configuración del mismo, es innecesario que la violencia usada por el autor haya dejado señales en el cuerpo de la víctima.” (SP-ES 14-05-02)

“...OTRAS AGRESIONES SEXUALES ...los actos deben tener dentro del contexto social en el que se producen un contenido sexual, de cierta gravedad y trascendencia y ser potencialmente idóneos para afectar de modo relevante la sexualidad ajena...” (TS Nueva San Salvador, 20-12-01)

“...Otras agresiones sexuales... se trata entonces en los casos que el sujeto activo, mediante el empleo de violencia, obliga al sujeto pasivo a soportar tocamientos o besos de otra persona o a realizar tales tocamientos o besos a otra persona, sea ésta o no el sujeto activo. Los actos deben tener contenido sexual de cierta gravedad, trascendencia y potencialmente idóneos para afectar de modo relevante la sexualidad ajena, todo ello de acuerdo al entorno social en que se producen y según los sujetos intervinientes”. (T.S. 3° S.S., 04-10-00)

608

Se establece como uno de los elementos esenciales del tipo que exista una agresión sexual, es decir, que la conducta ejecutada por el sujeto activo atente contra el bien jurídico protegido que lo constituye la libertad sexual, lo que significa que tiene que existir un contacto corporal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, orientado a tener relaciones sexuales en contra de la libertad sexual del sujeto pasivo. El simple tocamiento no constituye en ningún momento agresión sexual, sino más bien que los actos deben tener, en el contexto social en que se produce y según los sujetos intervinientes, contenido sexual debiendo tener cierta gravedad y trascendencia y ser potencialmente idóneos para afectar de modo relevante la sexualidad ajena. (T.S. Sensuntepeque, 16-01-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Esta figura constituye la regulación de lo que el Código Penal anterior nominaba Abusos Deshonestos.

La frontera de este hecho resulta muy difusa con el delito de Agresión Sexual.

Algún sector de la doctrina se inclina por el elemento violencia, en el sentido de que la agresión sexual es la violencia: y en el acoso sexual no se da la violencia.

Pensamos que la violencia no es un elemento suficiente, pues como se observará en el delito de Agresión Sexual en Menor Incapaz se regula que los actos de agresión sexual se entienden como tal aun cuando no haya violencia si la víctima es menor de doce años, conducta que también daría margen a la aplicación del delito de Acoso Sexual en la modalidad referida en el inciso segundo del Art. 165.

Talvez un criterio más diferenciador es la magnitud del tocamiento; naturalmente que esta interpretación puede generar ante una inadecuada interpretación de las disposiciones legales en cuestión una violación al principio de legalidad tendiente a hacer efectivo el principio de la seguridad jurídica, en tanto que un mismo hecho para distintos jueces daría margen a calificaciones distintas; es decir la magnitud de la gravedad quedaría exclusivamente a criterio del juzgador. A pesar de la anterior problemática estimamos que no hay una mejor alternativa.

Se entiende que pueden quedar incluidas en el este tipo:

Obligar a la víctima a realizar tocamientos al sujeto activo (esté o no vestido).

Obligarlo a realizar contactos sexuales: obligar a masturbarse.

Obligar a prácticas de bestialismo⁶⁹, necrofilia⁷⁰.

El contexto social donde se realice el acto es determinante para la adecuación típica de la conducta, deben por ende tomarse en cuenta los usos y costumbres del lugar. En el sentido anterior en un lugar pueden considerarse normales hechos que en otros ámbitos resulten reprochables; hay conductas que en un ámbito pueden ser aceptadas en otro no: una exploración vaginal por un médico puede quedar fuera del concepto agresión por más que éste logre con ello un placer sexual; mientras que un abrazo entre amigos acompañado de inequívocos movimientos de la región pelviana sea agresión sexual.

609

Concurso de delitos.

Si bien un hecho constitutivo de violación conlleva a veces tocamientos en la medida en que en la realización de éstos se exceda de lo necesario puede darse el concurso de delitos. Por ejemplo si el acceso carnal vaginal culmina con la introducción del pene en la boca, este ultimo hecho en verdad constituye un exceso por ende amerita calificarlo independientemente de la violación. Igual sería el caso del sujeto que antes de la penetración sexual manipula con su mano el genital femenino, sin una finalidad más que hacer sufrir a la víctima.

El ejercicio de la violencia puede ser física generadora de lesiones, puñetazos, contagio de enfermedades a raíz de los tocamientos; tales resultados de ser relevantes guardan autonomía por ende dan margen a un concurso de delitos; es más a tenor de lo dispuesto en el Art. 145 CP. al ser las lesiones medio para realizar la violencia sexual aquéllas se convierten en agravadas.

161

Art. 5.- Refórmase el Art. 161, así:

“AGRESIÓN SEXUAL EN MENOR E INCAPAZ

La agresión sexual realizada con o sin violencia que no consistiere en acceso carnal, en menor de quince años de edad o en otra persona, aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de ocho a doce años.

Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este artículo.

Si concurriere cualquiera de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo anterior, la sanción será de catorce a veinte años de prisión.”

610

Los dos primeros incisos del artículo 161 elevan la pena del inciso primero del artículo anterior, cuando las agresiones sexuales se realicen en las personas y las circunstancias definidas en el artículo 159, mientras que el inciso tercero opera como agravante del inciso segundo del artículo 160, cuando los hechos descritos tengan lugar en las personas y las circunstancias del artículo 159.

A pesar de la utilización de la expresión “agresión sexual” en la denominación del artículo, el texto del inciso primero hace patente que no es preciso el uso de violencia para la comisión del delito castigado en este artículo.

El inciso primero castiga la realización de los mismos actos sexuales contemplados en el inciso primero del artículo anterior: comportamientos de objetivo contenido sexual, distintos del acceso carnal, por lo que, para el examen pormenorizado de tales actos, nos remitimos al comentario realizado en el artículo 160.

Es indiferente, cuando la víctima tenga menos de doce años, que consienta o no en la realización de los actos sexuales, de igual modo que carece de relevancia que el enajenado los tolere o no, o participe voluntariamente en ellos, con tal de que el sujeto activo se aproveche de su enajenación.

Del mismo modo es necesario, en los supuestos de inconsciencia o de incapacidad para resistir, que el sujeto activo se aproveche de esta situación del sujeto pasivo. Como se ha comentado en el artículo 159, el origen de tales estados puede ser interno, por causas propias de la víctima, o externo, y, en este caso, la situación puede o no haber sido producida por el sujeto activo, con o sin finalidad sexual, siempre que, para la realización de los concretos actos sexuales el sujeto activo se aproveche de tales ocasiones.

Debe darse por reproducido en este comentario el realizado en el artículo 159 en relación con su inciso segundo, idéntico al inciso segundo del artículo ahora contemplado.

Del mismo modo, el inciso tercero de este precepto guarda total paralelismo con el inciso del artículo anterior, por lo que el comentario de su contenido ya ha sido realizado en los aspectos correspondientes de los preceptos ya considerados.

Este artículo presenta importantes problemas de interpretación, pues, mientras el artículo 159, al tipificar la violación presunta en torno a las relaciones sexuales vaginales y anales con personas de determinadas características, sin exigir más requisitos, deja claro que no es preciso el uso de violencia para la comisión de este delito, por contra, el artículo 161, al definir la conducta como “la agresión sexual que no constituyere violación”, exige, de modo implícito, como en el artículo anterior, que en esta conducta esté presente la violencia como medio comisivo, de modo que, por ejemplo, una relación sexual oral no violenta con persona menor de doce años no se podría penar por este artículo, sino, en su caso, por aplicación del artículo 165, con una más que notoria rebaja de pena. Al mismo tiempo la redacción del precepto es incongruente, pues la violencia es un medio comisivo inútil frente a alguno de los sujetos pasivos del precepto, como las personas inconscientes. Parece que la intención del legislador pudo ser, siguiendo el binomio violación-violación presunta, castigar en este artículo, los actos sexuales no violentos distintos de la violación, pero el uso del concepto “agresión sexual” ha desviado esta intención, excluyendo del castigo por aplicación de este precepto los actos no violentos.

162

VIOLACIÓN Y AGRESIÓN SEXUAL AGRAVADA

Los delitos a que se refieren los cuatro artículos anteriores serán sancionados con la pena máxima correspondiente, aumentada hasta en una tercera parte, cuando fueren ejecutados:

1) Por ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados o cuando se cometiere en la prole del cónyuge o conviviente;

2) Por autoridad pública o por cualquier otra persona que tuviere bajo su custodia a la víctima;

3) Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad.

4) Por persona encargada de la guarda, protección o vigilancia de la víctima.

612 5) Cuando se ejecutare con el concurso de dos o más personas; y,

6) Cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos especialmente brutales, degradantes o vejatorios.

7) Con abuso de relaciones domésticas o de confianza derivada de relaciones de trabajo.(9)

Las diferentes agravaciones, aplicables a todos los supuestos de violación o agresión sexual, son los siguientes:

1) Es preciso que, entre el sujeto activo del delito y el sujeto pasivo del mismo exista la relación natural de ascendencia o descendencia, en cualquier grado, o de fraternidad; o la relación legal derivada de la adopción, sin que la agravación se extienda a personas distintas del adoptante y del adoptado; o la mera relación de hecho determinada por la existencia de matrimonio del sujeto activo con el padre o la madre del sujeto pasivo, o por la existencia de convivencia.

La existencia de esta circunstancia debe ser abarcada por el dolo del sujeto activo.

2) El concepto de autoridad es el que establece el Código Penal, y el único problema que presenta este número es saber si basta el ser autoridad pública para que se produzca la agravación, o si es necesario que la autoridad tenga a la víctima bajo su custodia, como se exige en el segundo inciso del precepto para aplicar la agravación a cualquier otra persona. Debe entenderse que la agravación por este motivo se aplicará en todo caso en el que se haya producido un abuso de función por parte de la autoridad, del que ésta se haya servido para la comisión del delito, y aunque la víctima no esté bajo la custodia de ese sujeto activo, pues, en otro caso, no se entiende porque se ha diferenciado a la autoridad de cualquier otra persona que tenga a la víctima bajo su custodia.

En el segundo inciso, se hace referencia a toda persona distinta a la autoridad pública que tenga a la víctima bajo su custodia, sea este sujeto pasivo mayor o menor de edad, haciendo referencia a situaciones en las que el sujeto activo puede ejercer potestades sobre el sujeto pasivo.

3) Este motivo de agravación, como el siguiente, sólo se aplica respecto de víctimas menores de dieciséis años de edad. Por abuso de confianza debe entenderse el supuesto en el que el sujeto activo se favorece para la comisión del delito de una previa relación con el sujeto pasivo, que se desarrolló de tal manera que éste llegó a descartar verse atacado por el sujeto activo y, antes bien, esperaba su apoyo. La mención a las relaciones domésticas, como aquellas que se desarrollan en el entorno del domicilio, viene a recoger un especial caso de situaciones de confianza, en las que, con frecuencia, se desarrolla esta clase de delitos.

613

4) Al igual que el anterior este motivo solo afecta a sujetos pasivos de edad inferior a dieciséis años. Se agrava la penalidad que merece el sujeto activo del delito que se encuentra encargado, bien de la guarda, bien de la educación del menor, sea cual sea el origen de la existencia de este encargo.

5) Castiga el supuesto de violencia sexual colectiva, por el mayor riesgo lesivo que entrañan y por la disminución de las posibilidades de defensa de la víctima. No es preciso que todos los intervinientes realicen la conducta sexual, bastando que hayan realizado parte del tipo.

6) Es indiferente para la agravación, y ésta debe ser aplicada, que los medios, modos o instrumentos a los que se hace referencia, se empleen para el uso de la violencia o para la específica conducta sexual. Es necesario que se usen tales medios, modos o instrumentos y que estos, objetivamente, revistan un carácter brutal, degradante o

vejatorio que exceda de lo que siempre tienen de estas características las violaciones o agresiones sexuales.

7) Por abuso de relaciones domésticas o de confianza derivada de relaciones de trabajo deben entenderse los supuestos en los que el sujeto activo se favorece para la comisión del delito de una previa relación con el sujeto pasivo, que se desarrolló de tal manera que éste llegó a descartar verse atacado por el sujeto activo y, antes bien, esperaba su apoyo. La mención a las relaciones domésticas, como aquellas que se desarrollan en el entorno del domicilio, viene a recoger un especial caso de situaciones de confianza, en las que, con frecuencia, se desarrolla esta clase de delitos. Del mismo modo, las relaciones de trabajo, por el tiempo que se comparte en él y por la realización de labores en común o relacionadas con las de otro, son ocasiones en las que, con facilidad, una persona puede llegar a la situación ya descrita.

JURISPRUDENCIA.

No 1

614

Art.162 No 1 "...La fórmula "conviviente" está usada –en el tipo penal del artículo 162 n° 1 del CP. – como un elemento meramente descriptivo y no valorativo, ello indica, que lo que se pretende comprender como una circunstancia más desvalorante es la convivencia de dos personas en términos hacer vida en común, de una manera bastante permanente, pero no en los términos jurídicos de una unión no matrimonial, bajo la concepción del Derecho de Familia. Con ello se está indicando que, para que concurra la convivencia como forma de agravación, no se requiere que concurra una unión entre personas con los requisitos y condiciones que en el Código de Familia se imponen para garantizar los efectos jurídicos propios de este régimen de convivencia en materia familiar. Una interpretación como la propuesta por el señor defensor, llevaría a negar una tutela más reforzada a todos aquellos menores que viven al cuidado y bajo la protección de dos personas que hacen vida en común, aunque dicha unión no pueda ser calificada apta para configurar una unión no matrimonial" (T.S. 3° S.S., 23-10-02)

Penalidad.

"Violación Agravada...Para la imposición de la pena se ha de tomar en consideración lo dispuesto en el Art. 158 CP. y 160 inc. 2º. CP. que establecen que la pena para cada delito ha de oscilar de entre seis a diez años de prisión, pero al haberse cometido con el concurso de tres personas, tienen la calidad de agravados, Art. 162 No. 5 CP., por ende la pena corresponde al máximo aumentado hasta en una tercera parte del máximo, es decir hasta trece años cuatro meses de prisión" (T.S. 6° S.S., 11-06-02; en el mismo sentido T.S. 1° Santa Ana, 20-03-02; T.S. Chalatenango, 06-03-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.***Penalidad.***

Aquí la operación matemática de imposición de pena difiere de la indicada para el concurso ideal, lesiones agravadas, secuestro con agravación especial, amenazas con agravación especial; en tanto que para los casos que hoy se analizan la pena mínima constituye el máximo de cada delito y la máxima, este mismo incrementado hasta en su tercio; en el sentido anterior las penas serán bajo el siguiente rango.

Violación, Art. 158, (diez años a trece años cuatro meses)

Violación en menor o incapaz, Art. 159. (catorce años a dieciocho años ocho meses)

Otras agresiones sexuales, Art. 160 (diez años a trece años cuatro meses)

Agresión sexual en menor o incapaz, Art. 161

Inc. 1 (ocho años a diez años ocho meses)

Inc. 2 (catorce años a dieciocho años ocho meses).

CAPÍTULO II

DEL ESTUPRO

163

Art. 6.- Refórmase el Art. 163, así:

“ESTUPRO

El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal mediante engaño, con persona mayor de quince y menor de dieciocho años de edad, será sancionado con prisión de cuatro a diez años.

Si el acceso carnal se realizare con persona entre doce y catorce años de edad, aún con su consentimiento, la sanción será de dos a cuatro años de prisión.” (9)

616

El artículo 163 castiga dos supuestos, caracterizados por la realización de accesos carnales vaginales o anales con consentimiento viciado, en un caso, por el engaño utilizado por el sujeto activo, en relación con la edad del sujeto pasivo, y en el otro, por la propia edad del sujeto pasivo.

En el primer inciso, el engaño empleado debe ser idóneo para lograr que el sujeto pasivo, cuya edad no debe ser inferior a catorce años ni superior a dieciséis, acceda a la conducta sexual, habiendo sido en la tradición el medio más usual la falsa promesa de matrimonio, aunque son cada vez más frecuentes otros sistemas de engaño que, en todo caso, deberán ser idóneos a la vista de las circunstancias del caso y, en especial, de las condiciones del sujeto pasivo. Adquiere cada vez mayor relevancia el engaño consistente en la falsa promesa de empleo o trabajo.

En el segundo inciso, por contra, se sanciona a quien tiene acceso carnal vaginal o anal con persona mayor de doce años y menor de catorce, aunque se tenga consentimiento de esta persona y no se haya empleado engaño, pues la ley presume que, en la edad dicha, la situación de madurez y experiencia alcanzadas no permite decidir plenamente sobre la realización de los actos sexuales a los que hace referencia el tipo. Si el acceso carnal se realiza con persona menor de doce años, el hecho constituye la violación presunta del artículo 159. Para la aplicación del inciso ahora

comentado, es indiferente que se haya engañado al sujeto pasivo cuya edad se encuentre entre doce y catorce años, pues se sigue aplicando este inciso.

La conducta sexual cuya consecución por engaño se castiga en el precepto es exclusivamente el acceso carnal vaginal o anal, sancionándose otras conductas en el art. 166.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Al establecerse el monto de las penas en los dos incisos se fija una cuantía que coincide, y es el monto de los catorce años. En el primer inciso se dice de catorce a dieciséis años y en el segundo de doce a catorce.

Si nos imaginamos un hecho en que la persona víctima tiene catorce años diez días de edad, queda regulado por los dos incisos. Si la ley penal está regulando el estupro con engaño a partir de los catorce años, debemos entender que el realizado sin engaño, por ende es consentido debe ser atípico.

Pensar lo contrario llevaría a resultados de pena incongruentes, para el caso si hay en engaño la pena es de uno a tres años y si no hay siendo un hecho menos grave la pena es más alta pues oscila de entre dos y cuatro años. Creemos que el Código debe interpretarse de una manera lógica, por ende el inciso segundo está referido a una persona de doce años y menor de catorce años, si los ha cumplido la protección penal opera sólo en caso de engaño.

617

164

Art. 7.- Refórmase el Art. 164, así:

“ESTUPRO POR PREVALIMIENTO

El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con persona mayor de quince y menor de dieciocho años de edad, prevaliéndose de la superioridad originada por cualquier relación, será sancionado con prisión de seis a doce años.”

Para la comisión del delito es preciso que el sujeto pasivo sea mayor de catorce años y menor de dieciocho años. Si el sujeto es menor de catorce años el acceso vaginal o

anal se pena por aplicación del segundo inciso del artículo anterior, siendo indiferente que el sujeto activo haya usado prevalimiento.

Debe existir una objetiva situación de superioridad del sujeto activo respecto del sujeto pasivo, cuyo origen puede estar en múltiples causas, externas al sujeto pasivo, como la amistad, la vecindad, las relaciones docentes, o internas al mismo, como una situación de inmadurez. Es preciso distinguir esta situación de superioridad de la simple desigualdad entre las partes, que no da lugar al delito.

Junto con la situación de superioridad, el delito requiere que el sujeto activo se prevalga de la misma, en el sentido de que logre el acceso carnal sirviéndose y favoreciéndose de su existencia.

El tipo subjetivo requiere que el sujeto activo sea consciente de la edad del sujeto pasivo y de esta situación de superioridad, materializada en la influencia que ejerce sobre el sujeto pasivo, y que quiera servirse de la misma para lograr sus fines, por lo que será preciso acreditar que la víctima ha accedido a los actos sexuales por este dominio del sujeto activo sobre ella.