

JUSTICIA

Revista del Centro de Estudios Jurídicos de Honduras

Diciembre 2005

Año 1 No 1

- *Jueces para la justicia y por la independencia del Poder Judicial*
- *Sobre la responsabilidad de las personas jurídicas*
- *¿Cabe limitar la expansión del derecho penal pese a proteger nuevas modalidades delictivas?*
- *Independencia judicial*
- *La portación ilegal de armas de fuego en ocasión de cometerse un delito de robo agravado, ¿concurso de leyes o de delitos?*
- *La pena de muerte, una medida inconstitucional, a la vez que inmoral, no es justa ni útil*
- *El error y su aplicación en la legislación hondureña*
- *El conflicto de algunos ilícitos penales con el principio de culpabilidad*
- *Apertura del recurso de casación*
- *Actualidad “de los delitos y las penas”*
- *A propósito de la nueva Ley sobre Justicia Constitucional*
- *Falta de precisión legislativa – El secuestro*
- *El manejo de la “ noticia criminis”*
- *Jurisprudencia*

CONSEJO DE REDACCION

Guillermo López Lone *Director*

Rubenia Galeano

Carlos David Cálix

Rafael López Murcia

Maria Fernanda Castro

Félix Antonio Avila

Miriam Barahona

René Altamirano

Thirza Flores Lanza

Eduardo Montes Manzano

Jorge Alberto Burgos.

Para Comentarios y Envío de Artículos, puede hacerlo a la siguiente dirección: cejhonduras@gmail.com

Esta edición de la Revista Justicia es posible por la colaboración de los autores, con el auspicio de Dan Church Aid (DCA), Dinamarca.

La Revista Justicia es una producción del Centro de Estudios Jurídicos de Honduras (CEJH). El contenido de los artículos es responsabilidad de sus autores y no necesariamente representan la opinión de DCA

Diseño y Diagramación: Rosa Padilla
Impreso en Impresos Comerciales Hernández
Tiraje 1,000 ejemplares



JUECES PARA LA JUSTICIA Y POR LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

La revista que hoy está en manos de quienes nos leen en este primer número ha tenido un período largo de gestación como proyecto. Surgió la idea inicial como producto de las inquietudes y coincidencias que jueces y magistrados fuimos constatando en algunos seminarios donde esporádicamente nos encontrábamos, y en los cuales llevados por el ánimo de la discusión y la polémica, cuando no por la toma de posición sobre situaciones de actualidad, nos planteábamos la necesidad de dar vida a un espacio impreso en donde publicar y dar forma o fuerza a las ideas que surgían de nuestra experiencia jurisdiccional. Era frecuente por entonces que concluyéramos que una revista nos permitiría unificar o deslindar criterios, al tiempo que contribuiría a que los jueces asumiéramos con conciencia crítica nuestra función, y los retos y compromisos que de ella se derivan.

Pero sería hasta mediados del 2004, con ocasión del acercamiento y contacto que se estableció con la Red Centroamericana de Jueces por la Democratización de la Justicia (REDCA), que la posibilidad de hacer realidad lo que hasta entonces se veía improbable empezó a tomar cuerpo. Ya para entonces, además de la necesidad de compartir y debatir sobre la propia experiencia, nos envolvía con igual entusiasmo el ir más a fondo sobre la legitimidad de la judicatura, la independencia del Poder Judicial y el papel que le está asignado a éste en la estructura política del Estado, especialmente como contralor de la legalidad respecto a los otros poderes del Estado.

En esta dinámica de crear y de derribar lo acrítico por lo crítico, se conformó por un grupo de jueces

en septiembre del año en curso el CENTRO DE ESTUDIOS JURIDICOS DE HONDURAS (CEJH), agrupación de interés académico y de discusión, *actualmente en proceso de formación*, que se define alrededor de los objetivos de independencia judicial y la consolidación del Estado de derecho a través de la democratización de la justicia y el fortalecimiento de la institucionalidad del Poder Judicial. En el entendido que en la consecución de estos objetivos el aporte de los jueces radica en la apropiación responsable de las funciones que constitucionalmente y por ley nos han sido confiadas.

Creada la estructura mínima, en este caso el CEJH, el proyecto de la revista se organizó en función de: 1) Divulgar el acontecer más sobresaliente del Poder Judicial; 2) Sistematizar la experiencia de jueces y magistrados mediante la publicación de sus trabajos o ensayos; y, 3) Incentivar la investigación y discusión académica en la perspectiva de Derechos Humanos y de la supremacía constitucional. Lo anterior en la óptica de aportar a los decisores judiciales, referentes de orden normativo, doctrinal y jurisprudencial, que contribuyan a ampliar o ensanchar los procesos de formación individual e institucional encaminados a optimizar su conocimiento y aplicación de la normativa nacional y de los tratados internacionales.

Pero el proyecto de la revista además de la reunión de ideas y de voluntades, requería de un nombre, al principio nos pareció apropiado llamarla *TEMIS*, pero después nos pareció más sugestivo e imperativo el vocablo en español, fue así que surgió el de *JUSTICIA*, ante todo reflexionando que la actividad de los jueces y de los operadores judiciales va

encaminada a realizar o materializar la justicia. En este caso, claro está, la justicia que se declara en sede jurisdiccional, es decir, la que combina *Derecho y Razón*, según la expresión de Ferrajoli. A propósito del término, el benemérito de la patria, don Jose Cecilio del Valle decía que "*El establecimiento de jueces es uno de los puntos más delicados en las sociedades políticas. Son los que deciden los derechos más sagrados de los hombres, los que disponen de su vida, de su honor y de su hacienda.*" De ahí, quizá la frase de que juzgar es una función *cuasi divina*, de manera especial si esta converge en una efectiva justicia.

Así las cosas, es obvio que el juez al ejercer la judicatura tiene como finalidad funcional la justicia, pero ésta no siempre se materializa, por diversas razones, sea por situaciones atinentes a la independencia e imparcialidad, o bien por el predominio de procedimientos engorrosos o ritualistas del proceso, entre otras. Debiendo prevalecer para hacer realidad la justicia el apego al *Juicio Justo*, equivalente a un proceso como es debido, en donde se garantice el derecho de defensa, de contradicción, de audiencia, y de juzgamiento en un plazo razonable. Trayendo aparejado el *juicio justo*, por redundante que parezca, la existencia y reconocimiento de *jueces para la justicia*.

Por último, la justicia sería una paradoja si no se imparte en el marco de la sujeción del juez a la Constitución como norma directamente aplicable, de lo que deviene su rol de garante de los derechos fundamentales. Residiendo en esta relación la legitimidad de la función jurisdiccional, tanto en lo que tiene que ver con la independencia funcional del juez, como en su compromiso de involucrarse en *la independencia del Poder Judicial*. En lo concerniente al tema, la **VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos** de 2001, establece que "Solo la existencia de un Poder Judicial fortalecido institucionalmente, integrado por jueces independientes y profesionales y dotado de los medios necesarios, puede actuar como garante efectivo y proporcionar remedios adecuados frente a las eventuales arbitrariedades de los poderes y organismos públicos y la vulneración del derecho por los particulares." Lo que tiene su complemento en poder contar dentro de la judicatura con *jueces para la justicia y por la Independencia del Poder Judicial*.

CONTENIDO

Editorial

Jueces para la Justicia y por la Independencia Judicial

Sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas <i>Santiago Mir Puig</i>	1
¿Cabe limitar la expansión del Derecho Penal pese a proteger nuevas modalidades delictivas? <i>Mirentxu Corcoy Bidasolo</i>	12
Independencia Judicial <i>Guillermo López Lone</i>	23
La Portacion Ilegal de Armas de Fuego en Ocasión de Cometerse un Delito de Robo Agravado, ¿Concurso de Leyes o de Delitos? <i>Carlos David Calix</i>	29
La pena de muerte, una medida inconstitucional, a la vez que inmoral, no es justa ni útil. <i>Felix Antonia Avila</i>	33
El Error y su Aplicación en la Legislacion Hondureña. <i>Eduardo Montes Manzano</i>	36
El Conflicto de Algunos Ilícitos Penales con el Principio de Culpabilidad. <i>Miriam Barahona</i>	46
Apertura del Recurso de Casación Penal <i>Jorge Alberto Burgos</i>	50
Actualidad "de los Delitos y de las Penas" <i>Rafael López Murcia</i>	52
<i>Legislación Comentada</i>	
A Propósito de la Nueva Ley Sobre Justicia Constitucional. <i>Thirza Flores Lanza</i>	54
Falta de Precisión Legislativa. - El Secuestro <i>María Fernanda Castro</i>	57
<i>Actualidad Judicial</i>	
El manejo de la "Noticia Criminis" por los Medios de Comunicación. el Rol de la Fiscalía en la Producción de "Prueba Mínima" para Sustentar sus Requerimientos. <i>Jorge Alberto Burgos</i>	59
<i>Jurisprudencia</i>	
Pronunciamiento de Nuestra Sala Penal sobre la Inviolabilidad del Domicilio.....	61
Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	62

Sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

Por

Santiago Mir Puig

*Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Barcelona*

I

Antes de la entrada en vigor del CP 1995 en España era pacífica la opinión de que sólo las personas físicas podían delinquir y sólo ellas podían ser castigadas con penas criminales¹. Aunque respecto a algunos delitos determinados ya el anterior CP (arts. 344 bis b, 347 bis, 404 bis c, 534 bis b, 546 bis f) preveía algunas medidas sobre personas jurídicas que podían ser graves -como la disolución de la sociedad, el cierre de la empresa o la clausura de sus locales-, el Código no incluía estas medidas en el catálogo de las "penas" ni nadie sostuvo que lo fueran. También se admitía en el CP la responsabilidad civil subsidiaria de empresas y personas jurídicas, que como toda responsabilidad civil derivada de delito en España puede declararse en la sentencia penal. Las únicas sanciones previstas para personas jurídicas por infracciones imputadas a ellas eran de carácter administrativo. La importante Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común, vino a generalizar la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en su art. 130.

El CP de 1995 ha previsto la posibilidad de imponer medidas a personas jurídicas y empresas en su Parte General, en un nuevo Título destinado a "consecuencias accesorias", y no, como antes, sólo en su Parte Especial y sin calificar ni regular. El nuevo Título que el CP dedica a las "consecuencias accesorias" es el VI del Libro I, distinto a los destinados a las penas (Título III), a las medidas de seguridad (Título IV) y a la responsabilidad civil y las costas procesales (Título V). El art. 129 CP ha introducido entre las "consecuencias accesorias" un catálogo de medidas que el Juez o Tribunal *puede* imponer a personas jurídicas o empresas, aunque sólo *en los casos expresamente previstos por el CP*. Las medidas van desde la suspensión de actividades por un máximo de

cinco años, hasta la disolución de la persona jurídica o la clausura temporal o definitiva de la empresa, pasando por la prohibición de realizar en el futuro actividades mercantiles o negocios y por la intervención de la empresa. La otra consecuencia accesoria que se prevé en el Título VI es el comiso de los efectos e instrumentos del delito, así como de las ganancias obtenidas con el mismo (art. 128).

La doctrina dominante ha interpretado la previsión diferenciada de estas consecuencias accesorias en el sentido de que para el CP no son penas, ni medidas de seguridad, ni tampoco responsabilidad civil derivada de delito², pero algún autor defiende que, a pesar de su distinta denominación, son verdaderas penas³. La cuestión

1- Sin embargo, algún autor defendía de lege ferenda la introducción de la responsabilidad penal plena de las personas jurídicas. Así, especialmente, Zugaldía, *Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "societas delinquere non potest"*, en CPC, nº 11 (1980), pp. 70 ss.

2- Por todos, con especial claridad: A. Jorge Barreiro, en Rodríguez Mourullo (dir.), Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, pp. 360, 364 ss.; Gracia Martín / Boldova Pasamar / Alastuy Dobón, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español*, Valencia, 1996, pp. Gracia Martín / Boldova Pasamar / Alastuy Dobón, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español*, Valencia, 1996, pp. 438, 441, 456.

3- Así Zugaldía, *Las penas previstas en el art. 129 del CP para las personas jurídicas*, PJ, nº 46 (1997), pp. 332 ss.; *Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, pp. 226 ss. Le sigue S. Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, pp. 284 ss. En el sentido de la doctrina dominante, con ulteriores citas bibliográficas, ver: De la Cuesta Arzamendi,

tiene que ver con la de si el Derecho penal español ha admitido la responsabilidad penal, en sentido estricto, de las personas jurídicas y empresas, o si, por el contrario, mantiene en vigor el principio *societas delinquere non potest* y se ha limitado a prever determinadas medidas no punitivas, sino únicamente tendentes a impedir la peligrosidad que puedan tener determinadas personas jurídicas o empresas.

Desde mi punto de vista, no hay duda de que la voluntad del legislador expresada en la ley ha sido la de salir al paso del peligro que pueden representar las personas jurídicas y empresas utilizadas para la comisión de delitos, sin cuestionar el principio de que el delito es únicamente un hecho humano. Así lo ponen de manifiesto tanto el origen histórico de la nueva regulación, como su expresión en la ley. Las medidas ahora introducidas -salvo la de intervención de la empresa- fueron propuestas por primera vez en el Proyecto de CP de 1980, entre las medidas de seguridad (arts. 132, 135, 153 Proyecto). Era evidente la voluntad de desvincular estas medidas del binomio delito-pena, para concebirlas como medidas puramente preventivas basadas en la peligrosidad. En la Propuesta Alternativa de Parte General que, bajo mi dirección y la de Muñoz Conde, presentó el Grupo Parlamentario Comunista como enmienda a la totalidad del Proyecto de 1980⁴, se mantuvo la consideración de medidas de seguridad, pero se advirtió que la peligrosidad de la empresa o la persona jurídica no podía basarse, a diferencia de las demás medidas de seguridad, en la peligrosidad manifestada en la comisión de algún delito previo *por parte de ellas mismas* y en el peligro de que *ellas* volvieran a cometer delitos. Ello se debía a que seguíamos manteniendo el principio de que ni las empresas ni las personas jurídicas podían delinquir. Su peligrosidad debía ser distinta de la peligrosidad de una persona física. Debía radicar en la utilización de las mismas por parte de personas físicas en algún delito cometido por éstas y en la posibilidad de seguir siendo utilizadas para ulteriores delitos futuros de personas físicas. En este sentido, el art. 96 de la Propuesta Alternativa precisaba:

"No obstante, las medidas de seguridad especialmente previstas al efecto, podrán recaer sobre las personas o entidades jurídicas a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieron en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes, cuando pueda presumirse fundada-

mente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos".

La Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983⁵ quiso reflejar la diferencia existente entre las medidas imponibles a empresas y personas jurídicas y las medidas de seguridad tradicionales trasladando aquéllas al apartado destinado a las "consecuencias accesorias", junto al comiso. Hay que señalar que, aunque el comiso se consideraba en el CP anterior como una pena, lo cierto es que no encajaba bien con esta denominación, pues su finalidad no es punitiva⁶, esto es, imponer un mal que sea sentido como tal y con alguna de las finalidades que pueden darse a una verdadera pena: retribución, prevención general o prevención especial. La finalidad del comiso no es más que privar al delincuente de los medios por los que cometió el delito o de los efectos económicos del delito⁷. Pues bien, se trata de una finalidad parecida a la que persiguen las medidas previstas por el art. 129 CP para empresas y personas jurídicas: privar del instrumento peligroso que representa la persona jurídica o la empresa, o controlar su uso⁸.

Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad civil, en A.A.V.V., Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In memoriam, 2001, pp. 980 s.; Martínez Ruiz, El principio *societas delinquere quasi potest*, en A.A.V.V., Los Derechos Humanos, Libro Homenaje al Exco. Sr. D. Luis Portero García, Granada, 2001, pp. 606, 609.

4- Cfr. Mir Puig / Muñoz Conde, Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal del Grupo Parlamentario Comunista (PCE-PSUC), CPC, nº 18 (1982), pp. 609 ss.

5- Su art. 138, 1 acogió el inciso final del art. 96 de la Propuesta Alternativa más arriba citado: "(...) cuando pueda deducirse fundada y objetivamente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos."

6- En contra de lo que opina Zugaldía, CDJ 1997, p. 228.

7- Si la privación del arma con el que se cometió el delito es evidentemente preventiva, la privación de los beneficios obtenidos, además de tener la finalidad preventiva de suprimir el motivo del delito cuando es dicho beneficio, tiene también el sentido de eliminar una situación creada antijurídicamente y es coherente con el principio de que nadie ha de poder beneficiarse de su delito.

8- Cfr. Mir Puig, Derecho penal, PG, 6ª ed., Barcelona, 2002, Lec. 34/63. De acuerdo: A. Jorge Barreiro, Comentarios cit., p. 365; De la Cuesta, op. cit., p. 977; Martínez Ruiz, op. cit., p. 606. Prats Canut, en Quintero (Dtor.), Valle (coord.), Comentarios al nuevo Código penal, 1996, p. 629, denomina incluso a las medidas del art. 129 "modalidad de comiso", afirmando que "su interpretación habrá de hacerse de conformidad con las reglas generales del comiso" (pag. 624).

Las "consecuencias accesorias" que el art. 129 CP permite imponer sobre personas jurídicas o empresas tienen de común una naturaleza no punitiva, sino puramente preventiva. Tanto unas como otras se fundan en la idea de peligrosidad. La diferencia es que las medidas de seguridad se aplican a personas que han delinquido y que encierran el peligro de volver a delinquir, mientras que las consecuencias accesorias se aplican a cosas (armas, efectos del delito, beneficios obtenidos) o a organizaciones incapaces de delinquir pero que son peligrosas porque favorecen la comisión de delitos a personas físicas que los utilizan. La peligrosidad es el presupuesto común de las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, pero en éstas no es la peligrosidad de una persona que puede delinquir, sino la *peligrosidad de un instrumento*⁹.

El propio art. 129, 3 orienta en este sentido puramente preventivo la finalidad de las medidas que prevé: "Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma". No se exige, en cambio, ninguna actuación por parte de la persona jurídica o empresa que la haga *merecedora* de la medida y sirva de medida de la gravedad de ésta -como debería hacer si las medidas previstas fueran verdaderas penas-.

La vía elegida por el CP español de 1995 tiene la ventaja de que evita las importantes dificultades dogmáticas que encuentra la imposición de verdaderas penas a personas jurídicas y empresas, pero su concreta formulación adolece en parte de ciertos límites y en parte puede limitar excesivamente su eficacia preventiva.

A diferencia de lo que ocurría en el Proyecto de 1980, el CP actual no exige expresamente ninguna conexión entre el delito cometido por la persona física y la persona jurídica. El art. 132 de aquel Proyecto preveía que la imposición de las medidas tuviera lugar "a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes", y el art. 153 del mismo Proyecto concretaba más, limitando la imposición de las medidas a los "*delitos contra el orden socio-económico o contra el patrimonio* cometidos en el ejercicio de la actividad de sociedades o empresas o utilizando su organización *para favorecerlos o encubrirlos...*" Estas conexiones del delito con la persona jurídica

o empresa han dejado de requerirse en el CP 1995 y ello es criticable¹⁰.

Por otra parte, en cambio, la actual concepción de las medidas del art. 129 CP limita demasiado su alcance práctico. Por de pronto, al caracterizarse como consecuencias *accesorias* parecen presuponer la comisión de un delito por parte de una persona física, lo que puede impedir su imposición cuando serían más necesarias, esto es, cuando se desconocen los responsables físicos¹¹. En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurría en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, sólo se pueden imponer en los no muchos casos en que así se establece expresamente en la Parte Especial -dentro de los cuales no están con carácter general los delitos contra el patrimonio-. Aunque el art. 129 se prevea en la Parte General, no se ha conseguido ofrecer un medio general de combatir la peligrosidad de las personas jurídicas o empresas utilizadas para la comisión de cualquier delito que pueda resultar favorecido por aquellas organizaciones. En el fondo la situación no es cualitativamente tan distinta de la que existía en el CP anterior: como en él únicamente se prevenían determinadas medidas para determinados delitos -aunque es cierto que se ha ampliado el número de delitos en los que pueden aplicarse las medidas.

Algunos de estos inconvenientes pueden reducirse a través de una adecuada interpretación del art. 129 CP¹².

9- En un sentido básicamente coincidente Gracia Martín, Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales, Barcelona, 1986, p. 104, hablaba ya aquí de "peligrosidad de la cosa" como "peligrosidad objetiva de la propia persona jurídica", frente a la peligrosidad de un sujeto, "subjetiva", que es presupuesto de las medidas de seguridad. También ahora en Gracia/Boldova/Alastuey, Las consecuencias jurídicas cit., p. 457.

10- Así Jorge Barreiro, Comentarios cit., pp. 364 s.

11- Cfr. Silva Sánchez, Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español, en Silva (ed. español), Schünemann /Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, Barcelona, 1995, p. 363; García Arán, Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en A.A.V-V., El nuevo CP: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, 1999, p. 326.

12- Prats Canut, Comentarios cit., p. 624, encuentra aplicables los principios limitadores desarrollados por la jurisprudencia para el comiso (del que considera las medidas del art. 129 una modalidad), como son los de legalidad, acusatorio, proporcionalidad y conexión entre el delito y la consecuencia accesoria.

Por lo que se refiere a la falta de exigencia de una conexión de las conductas delictivas de las personas físicas con la actividad de la persona jurídica o empresa o con su beneficio, puede entenderse requerida, tácitamente, por la finalidad que el n° 3 del art. 129 otorga a las medidas. Si éstas "estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma", habrá que comprobar que esta actividad delictiva (de la persona física) guarde relación con la actividad de la persona jurídica, por lo menos en el sentido de que ésta favorezca aquella otra o sus efectos.

En cuanto a la necesidad de que exista un delito cometido por una persona física para poder imponer las medidas a la empresa o persona jurídica, puede atenderse a la propuesta de un sector doctrinal que no exige como presupuesto de las medidas la efectiva imposición de una pena a una persona física, sino sólo la existencia de un hecho típicamente antijurídico¹³. Ello permitiría imponer las medidas aunque el responsable físico no fuera personalmente imputable (culpable). También convendría entender que no es imprescindible que se haya podido identificar a la persona física autora del hecho o que se haya podido probar su autoría. Debería bastar que se hubiese probado suficientemente la comisión *por alguien* de un hecho penalmente antijurídico relacionado con la actividad de la empresa o persona jurídica en los términos que permite exigir el art. 129, 3 CP. Por supuesto, ello presupone una representación procesal propia para la empresa o persona jurídica en los términos que exige el principio acusatorio, que en cualquier caso es necesaria¹⁴.

En cualquier caso, hay que subrayar que son aplicables a estas medidas accesorias los principios constitucionales, materiales y procesales, a que debe someterse toda intervención del Estado privativa de derechos, entre los cuales cuenta el principio de proporcionalidad en sentido amplio (que incluye las exigencias de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto) y el conjunto de garantías de que debe rodearse todo proceso penal.

Estamos ya en condiciones de efectuar un *primer balance*: El Derecho penal español sigue anclado en el principio tradicional según el cual sólo las personas físicas pueden cometer delitos y sólo ellas pueden ser castigadas con penas criminales en sentido estricto. Sin

embargo, el CP actual incluye, junto a las penas y las medidas de seguridad, consecuencias accesorias constituidas por el comiso y por una serie de medidas aplicables a personas jurídicas y empresas. Estas medidas no son punitivas, sino meramente preventivas: tienen como finalidad el peligro que pueda suponer la persona jurídica o empresa de que se continúe la actividad delictiva de personas físicas o sus efectos. Tanto en su origen legislativo como en su sentido actual, estas medidas se hallan más próximas a las medidas de seguridad que a las penas. No presuponen que la persona jurídica o empresa haya cometido ningún delito, por lo que no tropiezan con el obstáculo de que en la actuación de una persona jurídica o empresa faltan todas las exigencias dogmáticas derivadas del principio de culpabilidad personal. Tampoco suponen el reproche ético-social de la pena. Sin embargo, en cuanto implican afectación de derechos -como las medidas de seguridad-, deben sujetarse a los límites constitucionales de la intervención coactiva del Estado, como el que impone el principio constitucional de proporcionalidad, y a los principios que rigen el proceso penal acusatorio.

II

Ante la cuestión, hoy tan debatida, de si las personas jurídicas y/o empresas deben o no responder penalmente, el CP español de 1995 ha optado por una vía peculiar: mantiene en pie el principio *societas delinquere nec puniri potest*, pero admite -como el CP anterior- que se impongan a las personas jurídicas y empresas importantes "consecuencias accesorias" en la sentencia penal. Según la doctrina dominante tales consecuencias accesorias no son penas, ni tampoco medidas de seguridad como las impuestas a personas físicas, pero tiene de común con éstas últimas que no se basan en la culpabili-

13- En este sentido Gracia/Boldova/Alastuy, Las consecuencias jurídicas cit., pp. 461 s.; Zugaldía, CDJ 1997, p. 239; De la Cuesta Arzamendi, op. cit., p. 981; Martínez Ruiz, op. cit., pp. 594 s.

14- Cfr. Martínez Ruiz, op. cit., p. 602.

dad, sino en la peligrosidad -aunque no sea peligrosidad de una persona física, sino de personas jurídicas o empresas-. Las consecuencias accesorias no significan, pues, responsabilidad *penal* en el sentido estricto de imposición de penas, pero sí en el sentido amplio en que también las medidas de seguridad pueden verse como un forma de responsabilidad penal. La fórmula española supone, pues, una *vía intermedia* entre la de exclusión de aplicación del Derecho penal a las personas jurídicas y/o a las empresas, y la de imposición de penas a las mismas por imputación a ellas de la comisión de delitos. Como tal *vía intermedia*, evita las dificultades que entraña, desde el principio de culpabilidad personal, la imputación de delitos y la previsión de verdaderas penas para personas jurídicas y empresas, pero tampoco tiene todas las ventajas que alegan los partidarios de derogar el principio *societas delinquere nec puniri potest*. La doctrina dominante en España, que sigue anclada en el principio de culpabilidad estrictamente personal, no se opone en principio a la imposición de las medidas previstas en el art. 129 CP, porque no las ve como penas. En cambio, los partidarios de imponer verdaderas penas a las personas jurídicas y/o empresas consideran insuficiente la fórmula del art. 129 CP.

Desde luego, si no hubiese ninguna razón de peso para negar la capacidad de delinquir de las personas jurídicas y de las empresas, no habría necesidad de buscar una vía distinta a la de imponerles penas en sentido estricto. Pero sí existen razones muy importantes que aconsejan limitar al ser humano la capacidad de cometer delitos y de ser castigado con penas criminales. Tales razones no son sólo dogmáticas, sino sobre todo político-criminales.

Es evidente que una persona jurídica, y más aún una empresa carente de personalidad jurídica, no puede realizar propiamente ninguno de los elementos que exige la dogmática de la teoría del delito, tal como ha sido elaborada en los países de tradición continental-europea, puesto que esta teoría del delito empieza por ver en el delito una conducta humana y la persona jurídica no puede efectuar ninguna conducta humana. Ni siquiera puede actuar por sí misma, por lo que no sólo es incapaz de aportar los elementos subjetivos y personales del delito (desde la voluntariedad del comportamiento hasta la imputabilidad del sujeto, pasando por el dolo), sino que tampoco puede incidir efectivamente en el mundo exte-

rior influyendo en los procesos causales de la lesión del bien jurídico típico. Sin embargo, la teoría del delito que ha elaborado nuestra dogmática no es la única posible desde un punto de vista lógico. No hay un concepto ontológico de delito. Del mismo modo que hemos desarrollado un concepto de delito como obra del hombre, podemos construir otro concepto de delito en el que también tengan cabida actuaciones de colectivos y la imputación a una persona jurídica de la actuación de determinadas personas físicas. Ello es lógicamente posible. Pero plantea importantes problemas político-criminales.

El Derecho administrativo, al atribuir capacidad de infracción a las personas jurídicas y al prever sanciones para ellas, obliga a ampliar el concepto de infracción administrativa más allá de los límites del comportamiento humano y a entender el concepto de sanción por dicha infracción de un modo también distinto al de imponer sufrimiento al autor de la misma. Si el Derecho administrativo sancionador estuviera sometido a los mismos límites político-jurídicos que el Derecho penal, no habría razón para no extender las penas criminales a las personas jurídicas del mismo modo que se hace con las sanciones administrativas. El Tribunal Constitucional español ha repetido en numerosas ocasiones que los principios limitadores del Derecho penal son aplicables al Derecho administrativo sancionador, pero el mismo Tribunal se ha visto obligado a reconocer que la aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo requiere su adaptación a la distinta naturaleza de ambas ramas del Derecho. Así, los principios de personalidad de la sanción y de responsabilidad subjetiva deben aplicarse al Derecho administrativo de forma que permitan la responsabilidad de las personas jurídicas, como ya decidió la STC 246/1991, Fundamento jurídico 2. La fundamental Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, admitió expresamente la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas (art. 130. 1) al mismo tiempo que omitía referirse al principio de culpabilidad y únicamente consideraba a la "intencionalidad" como criterio "para la graduación de la sanción"¹⁵. Diferencias como éstas en la "aplica

15- Cfr. Bajo Fernández, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español, en Mir Puig / Luzón Peña (coords.), Responsabilidad de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona, 1996, pp. 26, ss., 29.

ción" de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo parten del reconocimiento de un distinto significado político-jurídico para ambos sectores del Derecho.

No se trata de reproducir aquí la larga discusión sobre la diferencia que ha de existir entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Es de sobras sabido que la disputa entre quienes defendían una diferencia *cualitativa* entre ambos sectores y quienes sólo veían posible distinguirlos con un criterio *cuantitativo*, se zanjó por la doctrina dominante a favor de éstos últimos. Es correcto, en sentido, renunciar a un criterio cualitativo como, por ejemplo, el de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, como definidor del delito frente a la infracción administrativa, que apareciera entonces como mera infracción del orden general. Lo que debe diferenciar al Derecho penal es ciertamente algo cuantitativo: la mayor gravedad de la pena criminal. Sin embargo, a mi juicio, esta mayor gravedad no ha de verse sólo como mayor *cantidad* de sanción. En España es verdad que sólo la pena criminal, y no la sanción administrativa, puede implicar privación de libertad, pero en cambio hay multas administrativas económicamente mucho más elevadas que algunas multas penales. La mayor gravedad de la pena criminal ha de verse entonces en términos *simbólicos*, por razón del reproche ético-social mucho mayor que conlleva una condena penal. Un ejemplo ilustrará lo que quiero decir: si un ministro del Gobierno es condenado penalmente por haber cometido un delito, es evidente que debe dimitir, porque nadie entendería que un "delincuente" convicto pudiera integrar el Gobierno del país; en cambio, ningún ministro debe dimitir por el hecho de que se le haya impuesto una sanción administrativa (aunque consista en una multa de importe más elevado que ciertas multas penales).

Esta especial gravedad del reproche ético-social que lleva consigo la imposición de una pena criminal es lo que justifica la sofisticada construcción de la teoría del delito en nuestros países. No son sólo la coherencia conceptual ni exigencias sistemáticas las que explican las bases de la teoría del delito, sino ante todo la conveniencia político-criminal de delimitar de la forma más precisa y atenta a los principios constitucionales los presupuestos de la reprobación que implica la pena. Si ésta determina un grave reproche al que la sufre, ha de presu-

poner la realización de un hecho que permita dicho reproche al sujeto. Ello es la base del principio de culpabilidad, en sentido amplio, y de las distintas exigencias que supone en la teoría del delito: una conducta voluntaria de una persona, imputable objetivamente, subjetivamente y personalmente a dicha persona, a título de autor o de partícipe. El principio de personalidad de la pena es también consecuencia del principio de culpabilidad: sólo puede imponerse una pena al culpable del hecho, porque sólo al culpable puede reprochársele el hecho y sólo él merece la reprobación de la pena.

Pues bien, imponer una pena a una persona jurídica o a una empresa es extender el grave reproche de la condena penal a quien no puede reprochársele el hecho como autor o partícipe culpable del mismo. Es evidente que una persona jurídica es una creación del Derecho incapaz de actuar por sí misma, carente de conciencia y de cualquier sentido de responsabilidad. ¿Cómo podría reprocharse a una pura creación jurídica un hecho que no puede haber decidido ni realizado ni evitado? La persona jurídica necesita de alguna persona física que actúe en su nombre. Es lo que ocurre en el caso del recién nacido cuyo patrimonio administran sus padres, o del absolutamente incapaz representado por un tutor: aunque el menor y el incapaz son personas para el Derecho, tienen capacidad jurídica y, por tanto, pueden tener derechos y obligaciones, no tienen capacidad de obrar y necesitan para actuar en Derecho la intervención de sus padres o tutor. Es cierto que una persona jurídica aparece como parte en los contratos que suscribe, por ejemplo: ella es la que aparece como vendedora de un bien de su propiedad, y en este sentido se dice que es la persona jurídica la que vende dicho bien. Pero lo mismo sucede en el recién nacido o en el incapaz profundo que aparece como vendedor de uno de sus bienes, y no obstante quien verdaderamente ha de efectuar los actos reales necesarios para vender son los padres o el tutor. Igualmente, cuando la persona jurídica vende tiene que hacerlo necesariamente a través de la actuación de sus administradores o personas apoderadas. Pues bien: del mismo modo que en el caso del padre que determina el alzamiento de los bienes del recién nacido, sería absolutamente injusto reprochar al bebé la comisión del delito, porque el niño no ha hecho nada de lo que se le pueda culpar, también cuando el administrador de una persona jurídica produce el alzamiento de bienes de ésta sería injusto reprochar a la

misma la comisión del delito cuando ésta se debe únicamente a la actuación del administrador.

En el Derecho privado, como en el Derecho administrativo sancionador, sí se imputa al menor, al incapaz o a la persona jurídica lo que hacen en su nombre sus representantes: la venta materialmente efectuada por éstos se considera jurídicamente realizada por sus representados, el impago de impuestos que "debía pagar" el recién nacido o la persona jurídica se imputa a éstos, aunque evidentemente quien de hecho debía decidir el pago y no lo hizo fue el padre o el administrador. Pero ni los contratos suscritos a nombre de los representados, ni las sanciones administrativas que se les imponen implican un reproche ético-social de su conducta como la pena. La responsabilidad civil o administrativa del recién nacido *no es una responsabilidad personal* por lo que él ha hecho, sino responsabilidad por el hecho de otro, por el hecho de su representante legal, pero esta clase de responsabilidad "vicaria" es admisible en estos ámbitos porque no conlleva una reprobación personal del recién nacido. Lo mismo cabe decir de la responsabilidad civil o administrativa de una persona jurídica. En cambio, sería inadmisiblesometer al recién nacido al reproche de una condena penal, y lo mismo ha de valer para la persona jurídica.

Es verdad que la injusticia que supone reprochar al menor algo que sólo ha hecho su padre recae sobre un ser humano, el menor, y ello resulta más inadmisibles que la injusticia que supone reprochar a un ente carente de realidad humana lo que ha hecho su administrador. Parece más grave ser injusto con un ser humano que con una entidad carente de sentimientos. Sin embargo, las personas jurídicas pueden tener valor para la sociedad o para personas físicas ajenas al delito. Es obvia la importancia que tienen para la sociedad las personas jurídicas de Derecho público, como el Estado o las entidades locales. Afectaría al valor político de estas instituciones fundamentales culparlas de las actuaciones delictivas que en su nombre cometan personas físicas. ¿Cómo puede aceptarse que los delitos cometidos por los políticos que dirigen el Estado o las Corporaciones locales permiten considerar "delincuentes" a estas instituciones? Los únicos delincuentes son quienes han abusado del poder. Muchas legislaciones que admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, no se atreven a dar el paso de extender dicha responsabilidad a las personas jurídicas

de carácter público¹⁶.

También es evidente el valor que tienen las personas jurídicas para sus socios, para sus administradores, para sus directivos y para los trabajadores de la misma, especialmente cuando la imagen social de la empresa vaya asociada al nombre de la persona jurídica. La reprobación jurídico-penal de la persona jurídica, su descalificación ético-social, alcanza en mayor o menor medida a todas estas personas físicas. Ello es injusto para quienes no tengan nada que ver con el delito cometido.

Más evidente es aún que imponer una pena criminal a una empresa desprovista de personalidad jurídica supone desconocer por completo el principio de personalidad de la pena. Aquí no puede decirse, ni siquiera en el sentido jurídico-privado o administrativo, que la empresa "hace" ("vende", "impaga sus impuestos") lo que hacen las personas físicas que la gestionan. Y, no obstante, quienes defienden la intervención penal en el mundo empresarial se dan cuenta de que generalmente es más importante la realidad económica de la empresa que cuál sea la titularidad jurídica de la misma. Así, de poco sirve imponer la disolución de una persona jurídica si la empresa de la que es titular puede seguir actuando bajo la titularidad de una nueva persona jurídica: nada más fácil que sustituir una persona jurídica por otra. Los partidarios de incluir a la realidad de la empresa en el ámbito de la responsabilidad penal dirigen su atención a la realidad social, a la realidad colectiva de la empresa, tanto o más que a la pura forma jurídica constituida por la persona jurídica. Pero ello supone una vuelta a la *responsabilidad colectiva* que rigió en momentos de desarrollo histórico que creíamos superadas.

Es cierto que la sociedad actual sigue imputando responsabilidades a colectivos, como cuando se culpa a "los inmigrantes", a "los moros", a "los judíos", a "los norte

16- Así, en los E.E.U.U., el país más importante que admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ésta se limita a las empresas (cfr. LaFave, Criminal Law, 3ª ed., Saint Louis, Minn., 2000, pp. 272 ss.), y el Model Penal Code, en su sección 2.07 (4) (a), excluye a las corporaciones públicas. En Holanda, país pionero en la Europa continental en admitir las responsabilidades penales de personas jurídicas, la jurisprudencia ha exceptuado a las personas jurídicas de carácter público: cfr. Vervaele, La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda..., en Rev. Derecho Penal y Criminología, segunda época, nº 1 (1998), pp. 180 s. También en Francia se excluye de responsabilidad penal al Estado (art. 121-2 CP).

americanos", o a cualquier otro grupo nacional, étnico o social. Es innegable esta tendencia social a la generalización. Y también es evidente que las empresas, sobre todo las que tienen una imagen fuertemente implantada en la vida social, son valoradas positiva y negativamente y hechas responsables de su actuación empresarial. Pero igual como responsabilizar a toda una etnia por lo que hagan algunos o muchos de sus integrantes es injusto para los integrantes de dicha etnia que no han hecho lo que se imputa al colectivo, también es injusto culpar a todos los socios de una gran empresa por lo que hagan algún directivo o algunas otras personas dentro de la empresa. La responsabilidad colectiva suele meter en el mismo saco a justos y pecadores.

Las reflexiones anteriores conducen al siguiente dilema: si la responsabilidad penal, en sentido estricto, de las personas jurídicas se fundamenta en el hecho de que tienen personalidad jurídica y actúan a través de sus representantes, ello supone reprochar gravemente a una persona, la persona jurídica, lo que ha hecho otra, la persona física que actúa en su nombre; y si se fundamenta en la realidad social de la empresa, supone una forma de responsabilidad colectiva que extiende el grave reproche penal a todos los integrantes de la empresa aunque sólo algunos sean los culpables del delito. En el primer caso se evitan los problemas que implica la responsabilidad colectiva, pero se cae en otra forma de responsabilidad no personal: una responsabilidad vicaria, por el hecho de otro (en el ámbito anglosajón se reconoce expresamente que se trata de una *vicarious liability*). Y si se quiere escapar a esta clase de responsabilidad, se cae en la responsabilidad colectiva, que tampoco es personal. Ni una ni otra especie de responsabilidad son admisibles cuando se trata del grave reproche ético-social que caracteriza a la pena criminal. Por otra parte, la primera fundamentación deja fuera la realidad de la empresa para fijarse en una forma jurídica que puede no existir (como sucede en las empresas pertenecientes a una persona física), mientras que la segunda fundamentación deja de lado la personalidad jurídica del colectivo.

Ello no significa que las dos vías de fundamentación señaladas no puedan ser admisibles para legitimar la imposición de medidas preventivas desprovistas del sentido de reproche personal propio de la pena, aunque tales medidas se impongan por un juez penal en el marco de

un proceso penal (como es el caso de las "consecuencias accesorias" previstas por el art. 129 CP español). Del mismo modo que las medidas de seguridad previstas para personas físicas peligrosas no están sujetas al principio de culpabilidad porque no suponen una reprobación ético-jurídica del sujeto, tampoco unas medidas puramente preventivas basadas únicamente en la peligrosidad objetiva de la persona jurídica o la empresa tienen por qué requerir la culpabilidad de éstas, puesto que tampoco implican ningún sentido de reproche dirigido a las mismas. No obstante, también estas medidas preventivas tienen suficiente gravedad para requerir alguna forma de imputación a la persona jurídica o a la empresa del delito cometido por una o varias personas físicas en su seno. Así como las medidas de seguridad en sentido estricto sólo son admisibles en Derecho penal cuando son *postdelictuales*, esto es, cuando la peligrosidad del sujeto se ha manifestado ya en la realización por el sujeto de un injusto penal por lo menos objetivamente imputable, también las medidas preventivas para personas jurídicas o empresas deben presuponer que la peligrosidad objetiva de éstas se ha manifestado en algún hecho típicamente anti-jurídico que de algún modo pueda imputarse a dichas personas jurídicas o empresas. Que el injusto penal se haya cometido por los administradores o apoderados de la persona jurídica actuando en nombre de ésta, o que pueda imputarse a la dinámica colectiva de la empresa, son criterios de imputación insuficientes para el reproche ético-social propio de la pena, pero necesarios para la imposición en vía penal de medidas preventivas sobre la persona jurídica o la empresa (como también son necesarios para imponer a las mismas sanciones administrativas).

No puedo entrar aquí a concretar hasta qué punto es utilizable el criterio de la responsabilidad vicaria por la actuación de un órgano de la persona jurídica y en qué medida hay que acudir a la responsabilidad colectiva de la empresa, aunque creo que es inevitable combinar ambos puntos de vista. Sólo teniendo en cuenta la perspectiva social real de la empresa se pueden incluir entre las conductas que pueden exigir medidas preventivas sobre la empresa las que, sin haber sido realizadas por órganos de la persona jurídica, se llevan a cabo por otras personas en el seno de la empresa con el fin de producir un beneficio a la misma. Puesto que, según mi planteamiento, no se trata de fundamentar la imposición de penas en sentido estricto, sino de medidas puramente

preventivas, lo que verdaderamente importa es la peligrosidad real del sistema social constituido por la empresa. No nos hace falta aquí encontrar una culpabilidad personal que pueda imputarse a la persona jurídica o empresa: la actuación de un órgano de la persona jurídica ya no es necesaria como elemento que aporte la culpabilidad personal (del representante) imputable a la persona jurídica; como tampoco es imprescindible el criterio jurídico-privado de la representación de la persona jurídica para imputarle la conducta de una persona física que actúa en su beneficio. Basta que la conducta delictiva de una persona que actúa en el marco de la empresa pueda verse como *propia de ésta*, de su dinámica empresarial colectiva, y para ello puede ser decisivo el criterio del beneficio económico de la empresa, finalidad esencial de ésta.

Coincido, pues, en parte, con Schünemann cuando cree necesaria y legítima la intervención del Derecho penal frente a personas jurídicas y empresas por razón de la especial peligrosidad que tiene una empresa cuando existe en ella una "actitud criminal colectiva". El sistema empresarial es, como todo sistema, *autopoyético*, en el sentido de la teoría de los sistemas de Luhmann, y tiende a su propio interés, que en este caso es el de la obtención del máximo beneficio económico posible, a través de sus propias normas, que pueden llevar a sus integrantes a infringir normas legales que por sí solos no infringirían. Cuando hechos delictivos cometidos dentro de una empresa aparecen como manifestación de una actitud criminal colectiva, es necesario tomar medidas que neutralicen su peligrosidad, teniendo en cuenta en especial que resulten idóneas para hacer económicamente gravosa la comisión de delitos, de modo que no resulte rentable desde un análisis económico de coste-beneficio (que es el fundamental en la lógica empresarial)¹⁷. También comparto su convicción de que de que tales medidas no pueden basarse en la culpabilidad, porque "a una entidad colectiva siempre se la hace responsable por la culpa de otra persona"¹⁸. El fundamento de la imposición de medidas sobre personas jurídicas y empresas ha de ser, como en las medidas de seguridad, su peligrosidad, aunque sea una peligrosidad objetiva, y la necesidad de contrarrestar esta peligrosidad para la protección de los bienes jurídico-penales. Si el Derecho penal actual admite no sólo la pena basada en la culpabilidad, sino también medidas de seguridad para personas peligrosas que no pueden ser culpadas, con el sólo límite del principio de

proporcionalidad, es coherente la admisión de una modalidad especial de medidas preventivas para personas jurídicas y empresas objetivamente peligrosas que tampoco pueden ser culpadas. También aquí el límite ha de ofrecerle el principio de proporcionalidad, reconocido también por nuestro Tribunal Constitucional como un principio constitucional que ha de regir toda intervención del Estado que afecte a derechos fundamentales, y que en un sentido amplio incluye tres exigencias: la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto¹⁹.

Pero esta fundamentación, válida para las medidas de seguridad y otras medidas preventivas, no basta para la pena en sentido estricto, que transmite un reproche por la culpabilidad, por lo que no me parece coherente incluir las medidas preventivas contra personas jurídicas y empresas dentro del concepto de "pena", si ésta se entiende en su sentido estricto de pena criminal. Tampoco refleja la diferencia de fundamentación señalada, sino que la oculta, utilizar -como hace Schünemann-²⁰ el término "pena" en un sentido amplio que incluya tanto a la pena criminal clásica como a las sanciones administrativas de cierta gravedad y a las medidas preventivas contra personas jurídicas y empresas. Tal concepto de pena en sentido amplio prescinde de lo que ha de considerarse decisivo en la diferenciación de penas criminales y sanciones administrativas: el reproche ético-social específi-

17- Cfr. Schünemann, La punibilidad de las personas jurídicas desde una perspectiva europea, en A.A.V.V., Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann, Madrid, 1995, p. 572, 579s.

18- Cr. Schünemann, *ibidem*, p. 587. También comparto su crítica al intento de Tiedemann de hallar una "culpabilidad de organización" de la persona jurídica, por los delitos cometidos por sus órganos o representantes, por no haber tomado aquella persona jurídica las medidas adecuadas para prevenir tales delitos (Tiedemann, Die Bebusung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, en NJW (1988), p. 1172). Las mismas dificultades que existen para culpar a la persona jurídica de los delitos que cometan sus representantes se dan también para culparla de la omisión de tales medidas de vigilancia, pues, como dice Schünemann, la persona jurídica "siempre depende de personas naturales que actúan por ella y cuya culpa se imputaría exclusivamente de la misma manera, tanto si se tratase de la imputación directa de un delito cometido por un órgano como de la imputación de una culpa por la organización cometida por un órgano. Por ello la interpolación de la culpa por la organización no puede cambiar nada del principio de que la persona jurídica no puede actuar por sí misma culpablemente. En ello reside la diferencia con la actio libera in causa y con el acto de embriagarse, pues en ella se toma como punto de conexión en cada caso la propia culpa del autor, pero no la de un tercero" (*ibidem*, p. 588).

19- Cfr. Schünemann, *loc. cit.*, p. 589.

20- Cfr. Schünemann, *loc. cit.*, pp. 583 s.

co que implica la pena criminal y no la sanción administrativa. Prescindir de este elemento simbólico y atender sólo a la importancia del derecho afectado por la sanción, que en las multas sería sólo su cuantía económica, hace difícilmente justificable que se atribuyan a la Administración multas a veces mucho más elevadas que otras reservadas a la jurisdicción penal.

Por otra parte, nuestro Derecho penal parte de una distinción fundamental entre penas y medidas de seguridad que sólo puede hallarse en el distinto significado simbólico de unas y otras: las medidas de seguridad sólo son admisibles, pese a la falta de culpabilidad del sujeto, porque no implican el reproche ético-social que caracteriza a la pena. Sería inadmisibles castigar a un enfermo mental pleno con una pena, y en cambio admitimos privarle de libertad como forma de tratamiento médico y asegurativo. No se trata de una pura "estafa de etiquetas", sino de una distinción simbólica, comunicativa, que juzgamos de la máxima importancia. La situación es distinta en Derechos, como el francés, que trata de evitar la diferenciación de penas y medidas acudiendo a un sistema monista de sanciones pretendidamente carentes de sentido reprobatorio (cuestión distinta es si verdaderamente consigue esta unificación de sentido), o como el Derecho norteamericano, menos preocupado por respetar las diferencias simbólicas entre las diferentes clases de sanciones y medidas que por la eficacia puramente pragmática -lo que les lleva a castigar a menores o deficientes mentales con graves condenas penales, del mismo modo que están dispuestos a prescindir de la culpabilidad como presupuesto de la pena (*strict liability*, *vicarious liability*, importantes casos de *versari in re illicita* en delitos contra la vida, como en el *felony murder* o el *statutory murder*) cuando les parecen prioritarias las necesidades de prevención general-. Es significativo que sean precisamente los ordenamientos jurídicos anglosajones dispuestos a sacrificar el principio de culpabilidad por razones de eficacia los que menos problemas han tenido para admitir la imposición de penas criminales a las personas jurídicas²¹.

Ahora bien, la concepción aquí defendida, de medidas preventivas para personas jurídicas y empresas desprovistas del significado simbólico de reproche de la pena criminal, plantea la cuestión de si entre tales medidas cabe incluir multas. Hemos aceptado que el Derecho administrativo prevea *multas* para personas jurídicas,

porque las sanciones administrativas no tienen el sentido de grave reprobación de las penas criminales. Del mismo modo, podremos admitir que el Derecho penal permita imponer multas a personas jurídicas y empresas si las mismas no persiguen castigar injustos culpables, sino sólo el objetivo puramente preventivo de gravar los delitos de las personas físicas o empresas facilitados por la lógica económica de las mismas con un coste (la cuantía de la multa) que haga económicamente indeseable para ellas aquellos delitos. La determinación del importe de tales multas no debería basarse, entonces, en la gravedad del delito de la persona física, sino en su significado económico para la persona jurídica o empresa -de modo parecido a como determinadas multas administrativas pueden alcanzar cantidades elevadísimas por razones puramente económicas, para que la infracción no resulte rentable al sujeto-. Por ejemplo, si se trata de un delito ecológico cometido para no tener que instalar un mecanismo de filtraje que cuesta medio millón de euros, es razonable imponer a la empresa una multa de una cuantía superior suficiente para no hacer rentable la omisión del filtro reglamentario. Como sanción económica imponible a personas jurídicas o empresas cabe incluir también la privación de los beneficios obtenidos directa o indirectamente gracias al delito de la persona física.

III

Las reflexiones efectuadas permiten extraer varias **conclusiones**.

La primera es que la pena, en sentido estricto, tiene un significado simbólico de grave reproche que presupone la actuación antijurídica y culpable de una persona física a la que se impone.

21- La obra de referencia de LaFave, *Criminal Law*, cit., pp. 272 ss., incluye la responsabilidad de las empresas entre los casos de "*liability without fault*" (responsabilidad sin culpa), que en su exposición agrupa en tres apartados: "*strict liability*" (responsabilidad objetiva) (pp. 256 ss.), "*vicarious liability*" (responsabilidad vicaria) (pp. 264 ss.) y "*enterprise liability*" (responsabilidad de empresa) (pp. 271 ss.). Esta última forma de responsabilidad, que incluye la de las personas jurídicas, se admitió como un apartamiento de la exigencia tradicional del *common law de mens rea* (imputación subjetiva) además de *actus reus* (hecho objetivo), y de su consecuencia de impunidad de las personas jurídicas (por entender que no tienen mente ni cuerpo), cuando se empezaron a introducir delitos económicos sin culpa (*strict liability*) (pág. 273). Por otra parte, la responsabilidad de las personas jurídicas (como responsabilidad de empresa) se considera básicamente una forma específica de *vicarious liability* (pág. 274). De todos modos, el abandono de la responsabilidad con culpa en el ámbito de las personas jurídicas recibe también en los E.E.U.U. las críticas de un sector de la doctrina (p. 275 s.).

La segunda conclusión es que la peligrosidad especial que pueden suponer las personas jurídicas y las empresas puede combatirse no sólo mediante sanciones administrativas y civiles, sino también a través de medidas preventivas previstas por el Derecho penal, similares a las medidas de seguridad en cuanto no se basan en la culpabilidad, pero peculiares porque no se basan en la capacidad de delinquir de una persona física, sino en la peligrosidad objetiva, instrumental, de la persona jurídica o empresa. Se trata de una tercera vía. Sin embargo, también en ella hay que exigir la posibilidad de alguna forma de imputación de los injustos cometidos por personas físicas a la dinámica de la persona jurídica o empresa. Si ello se añade al respeto del principio constitucional de proporcionalidad en sentido amplio, que requiere la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto de estas medidas preventivas, se conseguirá su sujeción a límites no inferiores a los admitidos para las medidas de seguridad.

La tercera conclusión es que las "medidas accesorias" previstas por el CP español de 1995 para personas jurídicas y empresas deben entenderse como medidas preventivas distintas a las penas y a las medidas de seguridad clásicas, y abren una tercera vía en la línea correcta. Sin embargo, lo hacen de una forma demasiado tímida, porque sólo se prevén para determinados delitos, que ni siquiera comprenden con carácter general los delitos contra el patrimonio y socio-económicos. Por otra parte, dichas medidas sólo serán suficientes si se interpretan de forma que puedan imponerse aunque no sea posible dirigir la acusación contra una persona o personas físicas responsables del injusto penal individual (de modo que su accesoriedad no sea procesal, sino sólo material y limitada, no máxima). También deben rodearse de las garantías de imputación y proporcionalidad que hemos exigido. Finalmente, deberían incluir sanciones económicas puramente preventivas, como multas y privación de las ganancias obtenidas directa o indirectamente gracias al delito.

Esta tercera vía no tiene la indeseable tendencia que encierra el castigo penal de personas jurídicas o empresas: la tendencia a rehuir las dificultades que muchas veces entraña la comprobación, material y procesal, de la autoría o participación de las personas físicas responsables del injusto penal. Es cierto que la mayoría de legis-

laciones que admiten penas para personas jurídicas o empresas no excluyen la responsabilidad simultánea de personas físicas. Pero es sintomático que el argumento central que suelen utilizar es el de que hay que castigar a las personas jurídicas o empresas porque con frecuencia no puede castigarse a personas físicas. Parece partirse de la idea de que, cuando no pueda castigarse a personas físicas, al menos tendremos a alguien a quien castigar *en su lugar*, por lo menos tendremos *un culpable*. La necesidad de *castigo* del delito parece satisfacerse ya de algún modo por esta vía²². Pero la consecuencia práctica tenderá a ser, entonces, que no se sentirá necesidad de poner tanto empeño (y medios materiales) en fundamentar una imputación a personas físicas que puede resultar complicada dogmáticamente y desde el punto de vista procesal. Esta consecuencia favorecería la ocultación de los verdaderos responsables tras la fachada de la persona jurídica o entre los entresijos de la complejidad de la organización empresarial. Ello resultaría criminógeno. Por lo demás, hay que resaltar que, paradójicamente, iría en dirección contraria a la corriente jurisprudencial y doctrinal que en Derecho privado exige *levantar el velo* de la persona jurídica cuando se utiliza con finalidad defraudatoria²³.

22- Aunque en los E.E.U.U. son punibles tanto las personas jurídicas como las personas físicas que actúan por ellas, se ha constatado que de hecho en la práctica los jurados tienden a condenar únicamente a las personas jurídicas y a absolver los agentes físicos, pese a que sea indudable que cometieron los actos criminales: cfr. LaFave, Criminal Law cit., p. 281, nota 102.

23- Cfr. Bajo Fernández, La responsabilidad penal... cit., pág. 32

¿Cabe limitar la expansión del Derecho Penal pese a proteger nuevas modalidades delictivas?

Mirentxu Corcoy Bidasolo

Catedrática Derecho Penal

Universidad de Barcelona

1. Introducción
2. Legitimidad de la protección de bienes jurídicos supraindividuales
3. Límites objetivos a la intervención penal en el control de riesgos
4. Límites subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos y exigibilidad
5. Atribución de responsabilidad por omisión del deber de control de riesgos típicos
6. Imputación y principio de lesividad

1. Introducción

1.1. La legitimidad del control de riesgos por medio de la conminación a través de consecuencias penales, en particular, de penas privativas de libertad, es el punto de partida de la dicotomía que surge en la discusión dogmática penal actual, con posturas aparentemente irreconciliables. La cuestión se plantea, en última instancia, a partir de cuestiones de legitimidad de la intervención penal en la protección de los llamados "nuevos riesgos". En lo esencial, aun cuando han surgido también posicionamientos intermedios, dichas posturas antagónicas se concretan, por un lado, en las tesis de quienes defienden la legitimidad de la intervención penal únicamente en la medida en que se circunscriba al ámbito propio de un Derecho penal mínimo, reducido al Derecho penal tradicional o *clásico*¹, a un Derecho penal nuclear - *Kernstrafrecht*-. En el reverso se encuentran las tesis que aceptan la legitimidad de la intervención penal en nuevos ámbitos de actividad social, en sectores en los que el referente supraindividual, colectivo, está en un primer plano, aceptándose la legitimidad del llamado Derecho penal accesorio (*Nebenstrafrecht*) postulando a favor de tesis garantistas, tesis que en gran medida son las que se adoptan en este trabajo².

1.2. Históricamente, desde fines del S. XIX y hasta el primer cuarto del S. XX, en la legislación penal alemana, junto al *StGB für das Deutsche Reich de 1871*, ha existido una extensa legislación penal accesorio. En esos momentos el concepto que se empleaba propiamente por la dogmática alemana no era el de *Nebenstrafrecht*, sino el de "leyes penales accesorias" (*strafrechtlichen Nebengesetze*), contraponiéndose así al Derecho penal del Código -y a algunas otras leyes penales- consideradas como principales. Muy especialmente, tras la Primera

1 En este sentido, las posturas más representativas serían las propuestas por, HASSEMER, *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*, (trad. Elena Larrauri), ADPCP 1992, pp. 235 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Madrid, ed. Civitas, 2001

2 En este sentido, con diversos matices, se manifiestan, entre otros, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, ed. Trotta, 2ª ed., 1997; GRACIA MARTÍN, "¿Qué es la modernización del Derecho Penal?", *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir, Madrid, ed. Tecnos, 2002; MARTÍNEZ BUJÁN, "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales (especial referencia al ámbito económico)", *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir, Madrid, ed. Tecnos, 2002

Guerra mundial, reclamada la necesidad de intervención del Estado en la vida social surge, en las legislaciones penales europeas -a reflujos de la alemana-, un fenómeno de incriminación de conductas caracterizadas porque en la *conciencia de los particulares* se conciben como *neutrales*, al no existir, desde el punto de vista ético-valorativo, una clara conciencia de su antijuricidad social. De este modo, cuando se analiza el contenido material de las distintas leyes penales, junto al Derecho penal nuclear, surge la idea de un Derecho penal accesorio conceptualizado como Derecho penal administrativo desde el momento en que lo que se sanciona es la violación de reglamentaciones administrativas que tienen una cierta trascendencia en el plano económico, y así -materialmente- el concepto de "Derecho penal accesorio" puede utilizarse para aludir a los delitos que, con independencia de que se ubiquen en el Código o en leyes penales especiales, van referidos a un sector de actividad en el que generalmente ya existe una previa actividad de control por parte de las autoridades administrativas.

1.3. La doctrina alemana actual, unánimemente sigue utilizando el criterio formal para aludir al Derecho penal accesorio. Así, se entiende por *Nebenstrafrecht* todos aquellos preceptos penales que se contienen fuera del *StGB*, en leyes especiales, con independencia de su contenido. Por tanto, con el actual contenido que hoy posee el Derecho penal accesorio en Alemania, no puede afirmarse que se corresponda únicamente con el Derecho penal económico, ni que se trate en todo caso de conductas ético-valorativamente neutras, a la par que parece justificado decir que el Derecho penal accesorio materialmente alude a materias sobre las que existe una previa actuación normativa por parte de las respectivas autoridades administrativas. En suma, el concepto de *Derecho penal accesorio -Nebenstrafrecht-* en sentido formal se opone al concepto de *Derecho penal principal -Hauptstrafrecht-*; mientras que desde un punto de vista material se contrapone al de *Derecho penal nuclear -Kernstrafrecht-*.

1.4. En relación con estos dos contenidos o/ya acepciones del Derecho penal se ha planteado la cuestión relativa a si la diferencia entre el Derecho penal nuclear y el Derecho penal accesorio es de tipo cualitativo o cuantita-

tivo. La respuesta que se dé a esta pregunta, como apunta *HASSEMER*, no depende tan sólo de cuestiones de naturaleza sistemático-jurídica, sino que obedece también a otras de naturaleza político-jurídica, por cuando está conectado con decisiones políticas. Esto evidencia que el Derecho penal accesorio, en sentido material, tiene, junto a un significado de origen histórico, otro de corte ideológico que tiene que ver con consideraciones de política-criminal relativas al bien jurídico. Así, con la expresión *Derecho penal accesorio*, se quiere aludir a aquellos ámbitos sobre los que se discute la legitimidad de la intervención penal.

1.5. Bajo la superficie de esta dialéctica conceptual laten otro tipo de tensiones. En efecto, el Derecho penal nuclear se concibe como el Derecho penal de los bienes jurídico-penales altamente personales protegido mediante tipos configurados como delitos de lesión. Por su parte, el Derecho penal accesorio empieza a tomar como referente, como *ratio* de tutela a los bienes jurídico-penales supraindividuales o colectivos, utilizando, como recurso de técnica legislativa el denominado delito de peligro, así como recurriendo a la técnica de la ley penal en blanco. Es por ello que, junto a la constatación de déficits de legitimidad, también se ha criticado la merma de garantías que supone el recurso legislativo a los delitos de peligro. Desde esta perspectiva la cuestión debe resolverse a partir de comprender el significado real del concepto "delito de peligro". Ello es así porque esta modalidad delictiva recibe esta denominación en atención a que, con la realización de la conducta típica, los bienes jurídico-penales individuales se ponen en peligro pero no se lesionan. En consecuencia, el punto de partida sería determinar si lo que se pretende proteger es el bien jurídico-penal individual o el bien jurídico-penal supraindividual. Si lo que se protege es el bien jurídico penal supraindividual, con la realización de la conducta típica éste resulta efectivamente lesionado -afectado- por lo que carece de sentido su caracterización como "delitos de peligro". De entenderse que solo es legítimo proteger bienes jurídicos individuales habría que afirmar que la técnica legislativa de los delitos de peligro no está legitimada, por cuanto, incumple el principio de lesividad.

2. Legitimidad de la protección de bienes jurídicos supraindividuales

2.1. Por consiguiente, la discusión se debe concretar en la legitimidad o ilegitimidad de la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales. Cuestión que, a su vez, debe encuadrarse en el marco de la sociedad compleja en la que nos encontramos inmersos en los albores del S. XXI y de las consecuentes nuevas necesidades, nuevos valores y nuevos problemas de los miembros de esta sociedad que, aun cuando no se conciba como "sociedad del riesgo", al menos hay que calificarla como "sociedad compleja". En una sociedad altamente tecnificada e industrializada como es la nuestra, en la que existen una serie de relaciones de interacción interpersonales anónimas crecientes, se tienen que ir cuestionando y redefiniendo dinámicamente los intereses merecedores de tutela penal. Junto a bienes altamente personales como la vida, la libertad sexual o el patrimonio, la sociedad occidental va asumiendo la necesidad de intervención penal para la prevención de "nuevos riesgos" que tienen su origen en la complejidad estructural de estas sociedades. En principio, puede afirmarse que los ciudadanos, en general, no se cuestionan la necesidad de represión penal de los riesgos de tipo atómico, químico, ecológico, genético o socioeconómico, por enumerar algunos ejemplos.

2.2. Frente a esta percepción se alzan voces, entre las que destacan las que provienen de la denominada Escuela de Frankfurt, a cuya cabeza se encuentra *HASSEMER*, que entienden que en estas circunstancias el Derecho penal deviene *soft law*: El Derecho Penal -dicen- se ha convertido en un medio de solución de conflictos que no se percibe distinto, por su aptitud y peligrosidad, de otros medios de solución de conflictos³: de esta manera el Derecho penal deviene *simbólico*. Tras estas críticas, *HASSEMER* plantea soluciones concretas: la reducción del Derecho penal a su núcleo mínimo -*Kernstrafrecht*-; pero asumiendo que, en tanto que el Derecho penal no puede hoy renunciar a los bienes jurídicos colectivos, debe operarse una funcionalización en atención a bienes jurídicos individuales y describirse éstos del modo más preciso posible. En definitiva, su propuesta pasa, en todo caso, por la protección de bienes jurídico-individuales de forma directa o de forma indirecta cuando se protejan los colectivos (o universales en

su propia terminología) en tanto éstos deben tener siempre como referente un bien jurídico individual. De ser de otro modo el Derecho penal simbólico se corresponderá con "la representación de inseguridad global en una sociedad de riesgo y tendrá una función de engaño".

2.3. Desde estas posturas la caracterización de la protección de bienes jurídicos supraindividuales como Derecho penal simbólico pone en entredicho la legitimidad de la intervención penal en estos ámbitos a partir de negar su eficacia, en base a la poca aplicación judicial de determinados tipos delictivos o/y a la aplicación en supuestos que en comparación con otros de la misma naturaleza que no son perseguidos deberían clasificarse como "delitos bagatela". Esta aseveración debe ponerse en cuestión, por cuanto, la inaplicación o la incorrecta aplicación del derecho, y, en concreto, en estos casos del Derecho penal, no se debe a la naturaleza de estos delitos sino a la falta de voluntad política de perseguir realmente estas conductas, dotando de medios adecuados a las instancias encargadas de perseguirlos. No se acaba de comprender el por qué estas conductas pueden controlarse más eficazmente a través del derecho administrativo y mercantil, cuando en la aplicación de estos derechos se utilizan conceptos eminentemente formales, mientras que el derecho penal actúa a través de conceptos y criterios materiales que posibilita desenmascarar situaciones en las que las formalidades del derecho mercantil o administrativo se han utilizado para delinquir.

2.4. Tampoco pueden admitirse sin más las críticas que, desde las posturas que defienden el Derecho penal mínimo, se vierten en el sentido de que una intervención efectiva del Derecho penal en el ámbito de los nuevos riesgos comporta una merma de las garantías inherentes al Estado de Derecho. La situación puede afirmarse que es exactamente la contraria, puesto que, desde esas posiciones se propugna, como solución a la pretendida dialéctica entre garantismo y eficacia, la creación de un modelo de "Derecho de la intervención" que "esté situado entre

3- HASSEMER, ADPCP 1992, p. 235 s.a

el Derecho penal y el Derecho contravencional, entre el Derecho civil y el público, y que ciertamente dispondría de garantías y procedimientos reguladores menos exigentes que el Derecho penal, pero que a cambio estaría dotado de sanciones menos intensas frente a los individuos"⁴. En una línea diferenciada, SILVA SÁNCHEZ⁵, propone un Derecho penal de "dos velocidades", en el que la primera se correspondería con el Derecho Penal nuclear y se mantendrían todas las garantías, mientras que en la segunda las garantías podrían relajarse y en contraprestación no estarían previstas penas privativas de libertad. A estas dos "clases" de Derecho penal habría que añadir una tercera, el llamado "Derecho penal del enemigo"⁶, en cuyo caso no sólo se disminuyen las garantías sino que éstas desaparecen al entender que las personas a las que se les aplica este Derecho penal no son ciudadanos y, por consiguiente, no son titulares de derechos.

2.5. Puede advertirse fácilmente que, como se señalaba al inicio del apartado, y como veremos más adelante, estas propuestas, a través de un cambio de etiquetas, lo que promueven es la existencia de tres clases de Derecho penal que se corresponden con tres "clases" de ciudadanos, de primera, de segunda y de tercera. Ello es así porque los ilícitos que se considera no deben incluirse en el Derecho penal nuclear son conductas que solo pueden ser cometidas por quienes tienen poder y/o dinero. Solo los ciudadanos con capacidad económica y/o en situación de poder, pueden cometer delitos fiscales, delitos societarios, delitos contra el medio ambiente, delitos de corrupción... Criterio común, entre quienes defienden estas tesis, es que para estos delitos no es adecuada la aplicación de penas privativas de libertad, cuando es precisamente en estos casos cuando la única sanción que tiene eficacia preventiva es ésta.

2.6. Por consiguiente, para resolver la cuestión del "aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal", proponemos aquí una "tercera vía"⁷, sin que ello obedezca a una concepción del Derecho penal puramente funcionalista, recomendando ir más allá de la protección de bienes jurídicos anclada en el pensamiento antropocéntrico, protegiendo jurídicamente "normas de conducta referidas al futuro" sin "retro-referencia a intereses individuales". La nueva dogmática penal debe ir en esta dirección y, sin olvidar los principios garantistas, servir a los intereses predominantes de lo actual socie-

dad. Sin "retro-referencia a intereses individuales" solo implica que, desde una perspectiva de tipicidad penal, no hay una relación ni mediata -en la línea de su consideración como bienes jurídicos intermedios⁸, ni inmediata con los bienes jurídico-penales individuales. Los bienes jurídico-penales supraindividuales son autónomos pero ello no excluye que, en cuanto "intereses predominantes en la sociedad", sólo podrán ser calificados como tales y, en consecuencia legitimada la intervención penal para su protección, aquéllos que sirvan al mejor desarrollo personal de cada uno de los individuos que la conforman.

2.7. La legitimidad de la intervención penal no debe decidirse exclusivamente a partir de los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*, sino que también debe atenderse al principio de fragmentariedad, en cuanto sólo deberán castigarse las conductas especialmente graves en relación con cualquier bien jurídico-penal⁹ y, en consecuencia, la delimitación entre las conductas típicamente-relevante y aquellas que solo tiene pueden calificarse como ilícito civil o mercantil, debe hacerse también respecto de bienes jurídico-penales individuales tan "clásicos" como pueden ser la intimidad, el honor o la propiedad. No deja de sorprender que un amplio sector de la moderna doctrina alemana, italiana y española defienda un "Derecho penal nuclear", en el que se excluye de la intervención penal los riesgos que a los ciudadanos le parecen más graves, como son la mayoría de los mencionados como "nuevos riesgos" -seguridad en tráfico, medio ambiente, delincuencia fiscal...-, pero sin que exista apenas discusión acerca de si cualquier hurto, por insignificante que éste sea, debe seguir recibiendo pro-

4- Cfr. HASSEMER, ADPCP 1992, p. 235 s.

5- SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal (cit), p. 159 s.

6- Este término ha sido acuñado por JAKOBS y es analizado por PRITLWITZ, *Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?*, en La Política Criminal en Europa (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, dirs, Gómez Martín, coord.), p 107 s.

7- En la línea propuesta por STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts*, ZStW (105) 1993

8- Cfr. MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Granada, ed. Comares, 1997

9- Sobre el significado del principio de subsidiariedad y fragmentariedad, vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed., Barcelona, ed. Reppertor, 2004, p. 126 s.

tección penal, por enunciar únicamente un ejemplo. Ello no solo es así sino que ninguno de los autores que tan críticamente han llamado la atención sobre la instrumentalización del "nuevo" Derecho penal con fines políticos, o sobre que éste infringe los límites del Derecho penal liberal...¹⁰, se han manifestado de igual forma frente a la actual tendencia político criminal de incriminar cada vez más el llamado Derecho penal "clásico" sin respeto alguno del principio de igualdad y proporcionalidad¹¹. Al respecto es necesario poner de relieve que hoy día no puede fundamentarse la ilegitimidad de la intervención en los nuevos ámbitos en base a que en la *conciencia de los particulares* estos riesgos- medio ambiente, tráfico, trabajo, consumo....- se conciben como "neutrales desde el punto de vista ético-valorativo", ni que no exista "una clara conciencia de antijuricidad social", ni que tengan una "valoración ético-social neutra". Estas afirmaciones podían ser válidas en el S. XIX, e, incluso, en gran parte del S. XX, pero no en las últimas décadas del S. XX y menos aun en la entrada de este S. XXI. Por consiguiente, la cuestión de la legitimidad de la intervención penal debe estar sujeta a constante revisión de todas las figuras delictivas: los principios limitativos del *Ius puniendi* deben operar necesariamente en la totalidad del sistema penal, ya se trate del derecho penal del homicidio, de los delitos contra intereses patrimoniales, o del derecho penal medioambiental.

2.8. Desde esta perspectiva, como anunciábamos, la denominación "delitos de peligro" puede aceptarse sólo en tanto en cuanto es un término asentado en el Derecho penal y que permite, a su vez, distinguir entre delitos de peligro abstracto y concreto. Ello es así porque solo se les puede calificar como "delitos de peligro" si se ponen en relación con otros delitos en los que el bien jurídico penal protegido es individual, es decir, se conciben como adelantamientos de la barrera protección, en terminología clásica, respecto de la vida, la salud o la propiedad. Desde la postura aquí defendida solo es aceptable el término delito de peligro desde la referencia al libre desarrollo de la personalidad pero no en atención al bien jurídico penal supraindividual protegido, respecto del cual debe probarse su lesión. Para algunos la falta de lesión de estas modalidades delictivas proviene de que son "delitos de acumulación", por cuanto no representan un peligro relevante, en cuanto idóneos para lesionar, cuando se repiten¹². Pienso que esta afirmación es discu-

tible o, al menos, podemos afirmar que para la destrucción del bien jurídico, excepto en caso del homicidio, también, en general, es necesaria la repetición de conductas de esa clase. ¿Es qué siempre que se lesiona a una persona ésta pierde la salud? ¿es qué a quién le estafan, le roban..., en general, pierde su patrimonio? ¿es qué a quién se le descubren determinados aspectos de su vida íntima le "desaparece" la intimidad?... Lo que sucede es que, repito excepto en el homicidio, la lesión del bien jurídico penal, tanto en los delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales individuales como en aquellos en los que se protegen otros supraindividuales, no implica su destrucción sino su afectación¹³

3. Límites objetivos a la intervención penal en el control de riesgos.

3.1. La configuración de nuestra sociedad como "sociedad del riesgo" también es puesta en entredicho por quienes niegan la legitimidad de la intervención penal para la protección de los llamados sectores de riesgo, como pueden ser la seguridad de los trabajadores, seguridad en el consumo, el medio ambiente...¹⁴ En esta dirección se ha afirmado que el riesgo del que se está hablando es únicamente "subjetivo", por cuanto cada vez se viven más años y en mejores condiciones y que, en consecuencia, ese riesgo es sólo un "peligro subjetivo", en cuanto se percibe así por el ciudadano medio o se lo hace sentir así

10- Claro ejemplo de estas críticas al "nuevo" Derecho Penal, MENDOZA BUERGO, El derecho penal en la sociedad del riesgo, ed. Civitas, Madrid, 2001.

11- Claro ejemplo de la grave situación que se está suscitando, en esta dirección, lo encontramos, entre otras modificaciones del Código Penal de 1995, por las recientes LO 7/2003, 11/2003, 15/2003 y 1/2004, que vulneran gravemente estos derechos.

12- SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal (cit), p. 131 s

13- CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro (cit.); MARTÍNEZ BUJÁN, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir (cit).

14- Curiosamente en la actualidad ya no se discute la intervención penal en la protección de la seguridad en el tráfico. Y digo "curiosamente" porque es el único sector de riesgo en el que para ser "autor" no se necesita una especial capacidad económica ni social, por cuanto "cualquiera" tiene acceso hoy día a conducir un vehículo.

los medios de comunicación¹⁵. Al respecto es necesario señalar que "riesgo" es un "peligro" que se puede y debe evaluar, en cuanto se puede y debe conocer y que, en consecuencia, se puede y debe controlar. Por ello, estaremos de acuerdo en que los factores que caracterizan la sociedad actual como "sociedad del riesgo" no se basan en la existencia de un mayor peligro objetivo, en cuanto esperanzas de vida y salud, sino en que han cambiado, esencialmente, dos circunstancias. En el pasado: 1º) Los peligros que existían y existen, se prevenían-conocían en abstracto pero no se podían prever-conocer, en concreto; 2º) Incluso, en la medida en que se conocían, difícilmente se podían controlar. En la actualidad: 1º) Muchos de esos peligros se perciben como riesgos porque hay personas que los conocen, o los pueden conocer, con relativa exactitud, pero no todos los ciudadanos; 2º) Hay peligros que esas determinadas personas pueden controlar, pero no el ciudadano de a pie. Esos "peligros" que se pueden conocer y controlar es lo que denominamos "riesgo" y estos "riesgos" son los que se puede exigir que sean controlados por quiénes, en las concretas circunstancias, estén obligados a ello y es, en el caso de que incumplan gravemente ese deber de controlar, cuando el Derecho penal está legitimado para intervenir.

3.2. A efectos penales, por consiguiente, el peligro objetivo sólo tiene relevancia penal cuando puede ser calificado como riesgo. Es decir, el peligro, en cuanto riesgo con relevancia penal, no tiene una naturaleza causal-naturalística sino normativa. A efectos de imputación objetiva de un resultado de peligro o de lesión a una conducta peligrosa hay que distinguir entre la situación de riesgo -grado de peligro normativo penalmente relevante- y juicio de peligro. Dicho peligro normativo se concibe como "probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal", debiendo suponer dicha probabilidad una entidad rayana en la seguridad de lesión para que se pueda aceptar la legitimidad de la incriminación de esta conducta. Por otra parte, hay que tener en cuenta, en la valoración de dicha probabilidad, otras variables como la entidad del bien jurídico-penalmente protegido, o la ponderación de la utilidad social de la actividad en cuestión. A resultados de todo ello, para calificar una conducta como peligrosa, desde una perspectiva penal, habrá que verificar la probabilidad de lesión en el caso concreto -evaluación del riesgo- atendiendo a los bienes jurídico-penales potencialmente puestos en peligro y al ámbito de activi-

dad donde se desarrolla esa situación, y ello con independencia de la posibilidad de evitación de la lesión por el autor. Dicha situación de peligro opera como límite a la actuación incriminadora del legislador: la legitimidad del castigo de conductas peligrosas está vinculada al respeto a dichos límites axiológicos, pues sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa en abstracto se respetarán los postulados del Estado de Derecho, en particular, el principio de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho Penal.

3.3. La gravedad del riesgo no es el único límite normativo respecto de lo que puede calificarse como riesgo típico, sino que en ello será determinante la idea de utilidad. El riesgo permitido está íntimamente relacionado con la utilidad social de la conducta, aspecto esencial a la hora de establecer una frontera entre los riesgos permitidos y los jurídico-penalmente relevantes. Ello no implica una concepción del Derecho penal estrictamente utilitarista, por cuanto, la utilidad del riesgo no servirá para excluir su relevancia penal cuando ese riesgo pueda ser evitado o controlado con un coste asumible. En este sentido adquieren una especial relevancia los avances tecnológicos, por cuanto un riesgo dejará de ser permitido cuando existan medios no excepcionales para controlarlo. Es indudable que en este planteamiento subsiste un importante componente valorativo, por cuanto, será necesario decidir sobre la excepcionalidad o normalidad del medio necesario para controlar un determinado riesgo. En este punto son de gran utilidad las normativas sectoriales de seguridad sin que ello suponga que el deber de control del riesgo, desde una perspectiva penal, sea equiparable, sin una posterior valoración, al cumplimiento o incumplimiento de una norma extra-penal¹⁶. Ello es así porque mientras las normas sectoriales tratan de prevenir, en abstracto, hipotéticos riesgos, la norma penal lo hace siempre en concreto, es decir, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso.

15- Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 I y II, La Ley 1997*, t. 3; EL MISMO. Crítica a los principios inspiradores del pretendido "Derecho penal europeo", en *La Política Criminal en Europa* (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, dirs, Gómez Martín, coord.), p 121 s. En sentido similar, MENDOZA BUERGO, *El derecho penal* (cit).

16- Sobre la distinción entre deber de cuidado y regla técnica, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona, ed. PPU, 1989. 2 ed. Buenos Aires 2005, ed. B de F

3.4. Un problema específico, en relación con la exigibilidad del control de riesgos y su consecuente configuración como riesgo permitido o, por el contrario, como riesgo típico, se suscita en relación con aquéllos derivados de la investigación. La investigación implica riesgos pero al mismo tiempo es necesaria para el avance de la sociedad. Siendo los beneficios de la investigación indiscutible, también lo son los riesgos que implica y, por consiguiente, debe ser conjuntamente, la comunidad científica, la Administración y la propia sociedad quienes establezcan los límites de aquélla¹⁷. Así, por ejemplo, en el ámbito de la Biotecnología, uno de los ámbitos en los que la investigación más avanza y que, al mismo tiempo, más miedos provoca, la Convención sobre Derechos Humanos y Bioética, de 4 de abril de 1997, establece, en su art.28, que los Gobiernos firmantes deben velar por que "las cuestiones fundamentales planteadas por el desarrollo de la biología y de la medicina sean debatidas públicamente y de manera adecuada, atendiendo en particular a las correspondientes aplicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y jurídicas y porque sus posibles aplicaciones sean objeto de obligada consulta". Que deben existir límites no obsta para advertir que la producción y creación científica constituye un derecho fundamental recogido en la Constitución, art. 20. 1. b), y que los poderes públicos, de acuerdo con el art. 44. 2. CE, deben promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

3.5. En relación con los límites objetivos a la exigencia de control de riesgos tiene, por último, una especial importancia la idea del consentimiento. Al respecto la pregunta sería: ¿existe deber de controlar un riesgo asumido por la persona que se encuentra en peligro?. La respuesta debería ser que cuando la conducta arriesgada es imputable a la víctima el comportamiento es atípico. No obstante, esta irrelevancia no se produce en virtud de un permiso de riesgo genérico como el que ofrece el riesgo permitido¹⁸, sino en virtud de la existencia de un consentimiento válido en ese riesgo concreto. En el nivel del riesgo permitido, sólo se incluye el consentimiento cuando supone una autopuesta en peligro que genera una situación de conflicto entre la libertad y la seguridad. La eficacia del consentimiento, como criterio restrictivo del peligro objetivo en cuanto idóneo, dentro del nivel del riesgo permitido, surge a partir del interés que fundamenta la permisión del riesgo: la voluntad de una persona de

ponerse en peligro, su derecho al ejercicio de la libertad y, más en concreto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁹. El consentimiento sólo puede constituir riesgo permitido cuando el peligro afecta al bien jurídico -o los bienes jurídicos- de un sujeto y, éste, en ejercicio de su derecho a la libertad consiente en el peligro²⁰, porque sólo en ese caso el consentimiento restringe el tipo y además se suscita un conflicto de intereses que han de ser ponderados. Así, por ejemplo, en las actividades deportivas, junto a la valoración sobre su utilidad social, que debe ser puesta en relación con el grado de peligro que implica cada deporte, permitir la actividad requiere como presupuesto, el consentimiento de los participantes²¹. En definitiva, la consecución de seguridad sólo está justificada cuando sirve a la libertad, no tiene sentido cuando la restringe.

4. Límites subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos y exigibilidad

4.1. Como venimos señalando, el peligro, en cuanto es un concepto extra-penal, es el punto de partida o indicio que debe servir para fundamentar y legitimar después la atribución de relevancia penal de un determinado riesgo. Una de las metas es encontrar un concepto de riesgo propio del Derecho Penal, que trascienda su ámbito de operatividad a los tradicionales delitos de resultado de lesión (imputación objetiva, tentativa, justificación, error...). En este contexto la idea de exigibilidad es esencial y que, en tanto en cuanto en Derecho Penal rige el principio

17- CORCOY BIDASOLO, "Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas", En Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria de Profesor José Manuel Valle Muñiz, Pamplona, ed. Aranzadi, 2001

18- CANCIO MELIA, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, Barcelona, ed. Bosch, 1998.

19- CORCOY BIDASOLO, Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, en El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ángel Torio López, Granada, ed. Comares, 1999.

20- JAKOBS, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª ed., Berlín, 1991

21- FRISCH, Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung der Erfolgs, Heidelberg, 1989.

pio de responsabilidad subjetiva, los únicos peligros que pueden llegar a ser relevantes para el Derecho penal serán aquéllos que debían ser conocidos por el sujeto en cuyo ámbito de dominio se encuentran. Por ello, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad por el producto no sería legítimo considerar jurídico-penalmente relevante un riesgo desconocido, atendiendo al estado de los conocimientos científicos vigentes en el momento en que se fabricó o distribuyó el producto, en sentido contrario a lo que sucede en Derecho civil, donde cabe exigir responsabilidad por riesgos desconocidos. Ello explica que la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre "Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos" (transposición de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985), no exonere de responsabilidad al fabricante, importador o distribuidor de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, aun cuando la existencia del riesgo no fuera apreciable en el momento de la puesta en circulación, en base al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en ese momento. Tenemos, por tanto, un límite subjetivo infranqueable respecto de los riesgos que pueden considerarse como jurídico-penalmente relevantes, en cuanto otra cosa supondría infringir el principio esencial de responsabilidad subjetiva, vigente en nuestro Derecho penal (en este sentido, expresamente artículos 5 y 10 del Código Penal).

4.2. Una vez delimitados, por abajo, qué riesgos pueden ser relevantes desde la perspectiva penal, esto es solo aquéllos cognoscibles en el momento en el que el sujeto realiza la conducta, esto es desde una perspectiva *ex ante*, habrá que establecer si sólo pueden ser riesgos jurídico-penalmente relevantes aquéllos conocidos por el sujeto que crea el riesgo, o que tiene el deber de controlarlo, o si también pueden serlo aquéllos riesgos que no eran conocidos por el sujeto pero que, en atención a las circunstancias concurrentes *ex ante*, tenía el deber de conocer. En otras palabras si sólo son jurídico-penalmente relevantes los riesgos conocidos por el autor -dolosos- o si también pueden serlo los cognoscibles -imprudentes-.

4.3. Al respecto, previamente es necesario delimitar sobre qué aspectos debe recaer el conocimiento del riesgo y cuál es el grado de conocimiento exigible. Desde la perspectiva penal el nivel de conocimiento exigible no es un conocimiento científico y exacto del por qué se pue-

den producir unos determinados resultados lesivos, ni tan siquiera es necesario que se conozcan, o deban conocerse, qué resultados exactamente son los previsibles. El conocimiento que se requiere se enmarca en la esfera del profano, es decir, es suficiente conocer que una conducta es idónea para provocar resultados lesivos, sin que sea necesario conocer por qué se pueden producir, ni exactamente cuáles serán. Sí debe conocerse o sí se tiene el deber de conocer, por el contrario, que existe una cierta probabilidad de producción de resultados lesivos y de que forma puede controlarse ese riesgo. Es decir, se debe conocer, o se debía conocer, la peligrosidad en abstracto y las medidas a adoptar, que pueden ser tanto introducir medidas de seguridad como, sencillamente, no llevar a efecto esa actividad respecto de la que no se tiene la suficiente capacidad para controlar debidamente los riesgos inherentes.

4.4. La respuesta sobre si solo tendrán relevancia jurídico-penal los riesgos conocidos por el sujeto que los crea, o que tiene el deber de controlarlos, o si también deben tenerla aquéllos que no son conocidos pero que, atendiendo a las concretas circunstancias, debía conocer implica la respuesta sobre la legitimidad o no de la incriminación de conductas imprudentes en la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. La respuesta no es fácil porque, desde una perspectiva garantista y sobre todo atendiendo al principio de fragmentariedad, ésta sería negativa, es decir, sólo deberían incriminarse las conductas dolosas²², mientras que desde una perspectiva político-criminal que atiende a la eficacia y utilidad del Derecho penal, así como a finalidades preventivas y de protección de bienes jurídicos, es conveniente incriminar también las imprudentes, aun cuando se limiten a los supuestos de imprudencia grave. La cuestión es especialmente compleja porque en los ámbitos en los que se producen los riesgos aquí examinados, en general, la regulación penal concurre con otra administrativa, laboral, mercantil..., siendo necesaria su delimitación, tanto desde una perspectiva teórica como práctica. Por todo ello no me parece correcto dar una respuesta unívoca en un tema en el que ya he planteado soluciones diferentes.

22- CORCOY BIDASOLO, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López (cit)

5. Atribución de responsabilidad por omisión del deber de control de riesgos típicos

5.1. La existencia de un riesgo, incluso de un riesgo que se haya calificado como no permitido o jurídico-penalmente relevante, no es suficiente para poder atribuir responsabilidad penal a una o varias personas. Junto al límite subjetivo, al que se hizo referencia *Supra* 4, derivado del principio de responsabilidad subjetiva, se encuentra el límite derivado del principio de responsabilidad personal. Este límite supone que la atribución de responsabilidad penal, en concepto de autor o partícipe, requiere que la persona a quien se le atribuya tuviera el dominio funcional del riesgo calificado previamente como jurídico-penalmente relevante. Esta atribución de responsabilidad no puede fundamentarse exclusivamente en el rol que formalmente tenía esa persona sino en las competencias que materialmente había asumido.

5.2. Desde la perspectiva material que se propone para la atribución de responsabilidad penal son relevantes los aspectos subjetivos, a los que nos referíamos en el apartado anterior, porque la responsabilidad penal a título doloso sólo podrá atribuirse a quién conocía los riesgos, aun cuando lo fuera en la esfera del profano y a título imprudente sólo a quién, por su concreta situación, tenía el deber jurídico-penal de haberlos conocidos. La cuestión se traslada a la determinación de cuándo podemos decir que una persona tiene el deber de conocer unos determinados riesgos, es decir, al límite subjetivo que se planteaba *Supra* 4. La exigibilidad del conocimiento -cognoscibilidad- es, por consiguiente, un límite a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a título imprudente²³. En la imprudencia el deber subjetivo de cuidado -cognoscibilidad- y el deber de control, que podríamos equiparar a un deber de garante fundamentador de la autoría, en cuanto determina la competencia o dominio sobre el hecho, confluyen.

5.3. La idea de exigibilidad en la atribución de responsabilidad penal, por último, adquiere una especial importancia en relación con la posibilidad de exigir responsabilidad penal a otros partícipes distintos de quién(es), individual ó conjuntamente, tienen la competencia y dominio sobre el riesgo. En otras palabras ¿el dominio y competencia de un(os) sujeto(s) sobre el control del riesgo excluye siempre la responsabilidad de quiénes tienen

una competencia subordinada? ¿ello es así también cuando quién tiene la competencia subordinada, por la situación jerárquica, tiene al mismo tiempo la competencia concreta sobre ese riesgo y por ende un mayor conocimiento sobre la naturaleza, alcance, eficacia... del riesgo?. En este punto el criterio de la exigibilidad es determinante, por cuanto, la respuesta a la pregunta anterior pasa por decidir cuándo una persona que, a nivel de empresa está subordinada jerárquicamente a otra, está obligada a controlar un riesgo. En principio, un primer límite lo tendremos en la posibilidad de actuar en relación con el control de ese riesgo, es decir, en atención a la idea de evitabilidad. Pero ¿qué sucede cuando la única posibilidad de control es denunciar la situación, primero ante los superiores y luego ante los órganos administrativos o judiciales competentes? ¿es exigible esta conducta que puede suponer un despido?.

6. Imputación y principio de lesividad

6.1. Hasta aquí el juicio de peligro, en cuanto atribución de relevancia jurídico-penal a un riesgo, se concibe como un juicio aplicativo que lleva a cabo el espectador objetivo situado *ex ante*, retro trayéndose al momento de realización de la conducta enjuiciada, y debe determinar, en todo caso, las circunstancias a tomar en consideración en el juicio sobre el peligro con criterios dogmáticos y político-criminales. Se propone en el presente trabajo diferenciar entre un "juicio objetivo de peligro" y un "juicio subjetivo de peligro": mientras que el primero tiene validez general respecto de un caso concreto, en el juicio subjetivo -como juicio de imputación- se deben de tomar en consideración los conocimientos personales del autor sobre la situación de peligro objeto del juicio objetivo. La principal consecuencia que se deriva de esta delimitación tiene trascendencia en el tipo subjetivo: si el conocimiento que tiene el autor sobre la peligrosidad de su conducta no coincide con el peligro objetivo idóneo, nos encontraremos ante una situación de error de tipo, a tratar conforme a los criterios generales.

6.2. Junto a ese juicio de atribución *ex ante* debe concurrir un juicio de imputación *ex post*, en este caso estrictamente objetivo, en el que se valora la lesividad de esa

23- CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente (cit)

conducta en atención al bien jurídico-penal protegido. Ello es así porque la lesividad es el fundamento de la antijurídica material y su concurrencia no puede limitarse a los delitos de resultado, por cuanto es necesario diferenciar entre resultado material, que sólo concurre en los mencionados delitos y el resultado en sentido jurídico, lesividad, que debe concurrir siempre y que se concibe como afectación *ex post* del bien jurídico-penal protegido, ya sea individual o supraindividual. En otras palabras que *ex post* se deberá probar que esa conducta efectivamente, en ese caso concreto, atendiendo no sólo a las circunstancias conocidas *ex ante* sino también a las que se conocieron *ex post*, ha afectado el bien jurídico. El concepto "afectar" abarca la referencia tradicional tanto a la "lesión" como a la "puesta en peligro".

7. Conclusión.

7.1. En definitiva, en el contexto de la denominada "sociedad del riesgo", no puede dudarse del afianzamiento de este "nuevo" Derecho penal, pese a las críticas referidas. Este ámbito del Derecho penal, lejos de una pretendida instrumentalización de control formal, persigue proteger la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del sistema y a partir de ello asegurar el libre desarrollo de la personalidad. En este "nuevo" Derecho penal confluyen, por consiguiente, el nuevo sistema de Estado social, con un nuevo sistema de valores, y el nuevo sistema de Estado liberal, en el contexto de la sociedad tecnológica post-industrial. Esta evolución científica, tecnológica, socio-económica y, paralelamente, del pensamiento político, ha llevado al legislador a proteger penalmente nuevos bienes jurídicos, a la doctrina y jurisprudencia a reinterpretar el sentido de algunos bienes jurídico-penales tradicionales y, por último, al sistema judicial a perseguir efectivamente y a condenar por la comisión de un "delito de peligro" sin esperar a que se haya producido un resultado lesivo para la vida, la salud o la propiedad.

7.2. Las críticas a la falta de efectividad y a la poca o nula aplicación judicial, siendo en alguna medida ciertas, no sirven para deslegitimar la intervención penal frente a estos riesgos. Ello es así por diversas razones, en primer lugar, en relación con la eficacia, porque no puede negarse que la intervención penal en ámbitos tan distintos como el tributario o el medio ambiente ha sido eficaz, lo que no excluye que pudiera serlo más y, sobre todo,

mejor. Mejor porque es cierto que en estos delitos no siempre se están castigando penalmente las conductas más graves, lo que no es algo exclusivo de estos delitos pero que en ellos es especialmente criticable. Sin embargo, desde una perspectiva de prevención general negativa, su eficacia es innegable, por cuanto, mientras un "empresario" (abarcando con este término a los administradores, gerentes consejeros...) puede minimizar cualquier sanción, por elevada que sea, y contabilizarla como gasto o/y repercutirla en el producto, es más difícil que asuman personalmente un proceso penal, cuanto más una condena.

7.3. Así mismo, tampoco puede menospreciarse su eficacia desde una perspectiva de prevención general positiva, por cuanto, su criticada naturaleza de Derecho penal simbólico sirve como reconocimiento de la importancia de los bienes protegidos. Siendo cierto que un precepto penal que sólo tiene un valor simbólico debe rechazarse, no lo es menos que el significado simbólico es positivo cuando confluye con otras funciones. En ese supuesto la protección penal sirve al reconocimiento social de la importancia de ese concreto bien jurídico y con ello se produce una mayor sintonía entre las valoraciones sociales y las jurídicas. Por consiguiente, la función simbólica que tienen algunos de estos delitos contra bienes jurídicos supraindividuales no sólo no es criticable sino que es necesaria, siempre y cuando ésta no sea la única función que cumplan.

7.4. Respecto de la mayor o menor eficacia, atendiendo a la nula o cuasi nula aplicación judicial, no pueden olvidarse dos factores esenciales al respecto. Primero que para la aplicación judicial de un nuevo delito no es suficiente con la creación de un nuevo precepto en el Código Penal, sino que son necesarios medios que permitan una investigación correcta de los hechos, en este sentido estaría la creación de Fiscalías anticorrupción o, actualmente, de Fiscalía en materia de seguridad en el trabajo²⁴. Segundo, que es necesario que los jueces conozcan, comprendan y sepan aplicar adecuadamente esos nuevos pre-

24- CORCOY BIDASOLO, Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores, en Derecho Penal Económico (Conde-Pumpido Toutón, dir.), Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, T. II, 2003, p. 87 s.

ceptos, respecto de los que se carece de una jurisprudencia consolidada. Al respecto habría que plantearse sino serían necesarios también Tribunales especializados, que no es lo mismo que Tribunales especiales, para conocer de determinadas materias fuertemente especializadas, como pueden ser las relativas al medio ambiente, societario, propiedad intelectual, propiedad industrial...-. En definitiva en la aplicación judicial o no de determinadas delitos confluyen muchos aspectos y la inaplicación no deslegitima por sí misma esos delitos sino que debería obligar a analizar las causas de esa inaplicación y sólo en el caso de que se advirtiera de la ineficacia o imposibilidad absoluta de su aplicación se justificaría su desincriminación. Al respecto es llamativo que los delitos contra la seguridad en el tráfico, de larga tradición en nuestro Código Penal, no hayan sido aplicados con normalidad hasta épocas muy recientes y que, por ejemplo, los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo no comienzan a ser aplicadas hasta fechas muy recientes, cuando la nueva regulación del Código Penal de 1995, es en realidad muchos más restrictiva que la prevista en el Código Penal de 1973²⁵.

7.5. También hay que recalcar que muchos de los problemas que suscita la incriminación de nuevas conductas provienen de la técnica legislativa utilizada, es decir, no sólo los aplicadores deben esforzarse sino que también el legislador debe crear tipos suficientemente concretos, sin caer en una técnica legislativa casuística, pudiendo, o debiendo, recurrir en estos sectores de actividad, que son objeto de protección también en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, a la técnica de la ley penal en blanco que, correctamente utilizada, puede ser la más adecuada en estos casos. El Tribunal Constitucional, por ejemplo, STC 122/1987 o STC 127/1990, pone como requisitos para la legalidad de la ley penal en blanco, que el reenvío normativo sea expreso, la conducta calificada como delictiva suficientemente precisada y esté justificada la remisión en razón del bien jurídico protegido. Atendiendo al último requisito "en razón del bien jurídico protegido", en los delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales, respecto de conductas técnicas y con mayor complejidad, y con regulación en otros sectores del ordenamiento, está técnica legislativa aparece como la más adecuada.

7.6. Por último y, desde mi punto de vista, lo fundamen-

tal, es que aun admitiendo que el "nuevo" Derecho penal pueda, en algunos casos, podría exceder los límites de un estado liberal, lo que no ofrece discusión es que un Derecho penal de "tres velocidades" lesiona directamente los límites del estado democrático para el que, un valor esencial, es el principio de igualdad. Ello es así porque la consecuencia directa de esta concepción es la "legalización" de la existencia de ciudadanos de primera, segunda y tercera, tal y como señalábamos al principio de este trabajo, por cuando, un estudio criminológico de las personas que cometen unas y otras clases de delitos así nos lo demuestra. Por el contrario, existen medidas relativamente fáciles de arbitrar, como se ha puesto de relieve en estas conclusiones, para evitar los posibles excesos y defectos del "nuevo" Derecho penal.

25- CORCOY BIDASOLO, Delitos laborales (cit)

Independencia Judicial

Por Guillermo López Lone

Juez de sentencia

Sumario: I. Introducción. II. Dimensiones de la independencia judicial. III. Inamovilidad en el cargo. IV. El Juez y sus derechos.

*"debe haber un juez...; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase una absolución."
(Luigi Ferrajoli)*

I. Introducción.

La modernidad o post modernidad según sea la apreciación particular, nos deja, como consecuencia de su empuje cambios en todos los ordenes de la vida económica, social y política, pero aparejados a los mismos una crisis profunda del derecho, que Ferrajoli identifica como una crisis de legalidad, que *"se expresa en la ausencia o ineficacia de los controles, y por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder."*¹ En este plano, el Estado de Derecho con su clásica separación de poderes -en la tradición de Montesquieu y Locke- por "razones de Estado" aparecen como relativos los límites de independencia, pesos y contrapesos que les han sido designados constitucionalmente en la estructura política, destacándose con nitidez en las democracias de hoy la fusión del poder ejecutivo y legislativo, al respecto, Juan Romeo Laguna, en su ponencia sobre Independencia Judicial, recogida en el **Libro Blanco sobre la Independencia del Poder Judicial en Centroamérica**, advierte: "Que el parlamento y el gobierno parecen convertirse en subestructuras de las decisiones de los partidos políticos gobernantes"² Este predominio partidista atañe por tanto, al conjunto de actos de corrupción que comprometen la credibilidad de las funciones estatales y de las organizaciones políticas, asimismo, implica el pretendido alineamiento del Poder

Judicial en políticas de Estado ajenas a su ámbito, como sucede cuando se le convoca y se le enmarca en salvaguarda de intereses intrínsecos y soberanos de los otros poderes, para el caso, las políticas o política criminal relacionada con la persecución penal, lo que compromete de antemano los límites de su independencia, por el pronunciamiento que a posteriori e ineludiblemente le corresponde respecto a las eventuales acciones penales que podrían radicarse en sede judicial.

1- Ferrajoli, Luigi, El derecho como Sistema de Garantías. Ponencia expuesta en las Jornadas "La crisis del derecho y su alternativas," organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, en Madrid, durante los días 30 de noviembre al 4 de diciembre de 1992. Recopilada en la obra *Derechos y Garantías La Ley Del Más Débil*, prologo de Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, cuarta edición, 2004, pág. 15

2- Laguna, Juan Romeo, ponencia "Poder Judicial," recogida en: *Libro Blanco sobre la Independencia del Poder Judicial y la eficacia de la administración de justicia en Centroamérica*, auspiciado por *Associació Catalana Professionals Per La Cooperació*, Jueces para la Democracia y otros. Editora Patricia Francés Baima, edición limitada, 2000, Pág. 36

En este conjunto de límites y prohibiciones, lo que es consustancial a la dinámica de los otros poderes del estado por el predominio político-partidista, deviene en ajenidad para el Órgano jurisdiccional que tiene su ámbito en la independencia, guardando su actividad un contenido estrictamente Constitucional como dispone el artículo 303 al definir que "la potestad de impartir justicia se realiza por **magistrados y jueces independientes, únicamente sometidos a la Constitución y las leyes**"³, lo que tiene relación directa con su artículo 4 que al establecer la forma de gobierno dispone que la misma "Se ejerce por tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, **complementarios e independientes y sin relaciones de subordinación.**" Sin embargo, estos límites parecen cada vez más tenues por efecto de la sobredimensión de los hechos políticos, de los que el Poder Judicial no puede participar, pues ello implicaría acentuar las injerencias a la independencia judicial, hoy por hoy manifestadas de forma directa e indirecta, hasta el punto de pretender arbitrariamente modificar la integración actual de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, con lo que se daría al traste con el espíritu de la Reforma Constitucional, y se lesionaría la institucionalidad de este Poder del Estado, lo cual acarrearía un retroceso en el proceso de democratización y un duro golpe al fortalecimiento del Estado de Derecho.

En contrapartida, a estos poderes de mayoría, hay que volver la mirada una y otra vez, sin cansancio, respecto a que únicamente como función les "Corresponde a los órganos jurisdiccionales aplicar las leyes a casos concretos, **juzgar y ejecutar lo juzgado.**" (Art.304). Cualquiera connotación que riña con este mandato, en cuanto a políticas de los otros órganos del Estado, contrarias a la separación de poderes, no sólo atentan contra la independencia y el carácter de contrapoder -en cuanto contralor de la legalidad y de los conflictos entre poderes del estado- que corresponde al Poder Judicial, sino que le desnaturalizan en el papel que por ley y políticamente debe jugar en el fortalecimiento del Estado de Derecho. Y a mayor debilidad del Poder Judicial, menos independencia para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y por ende menor seguridad jurídica, y como consecuencia estructural y en lo político se produce un decrecimiento de la institucionalidad democrática. Por ello, hay que apostar a consolidar la potestad jurisdiccional como garante del Estado de Derecho, por su función contralo-

ra de la legalidad tanto de la función administrativa del ejecutivo como en la adecuación Constitucional de las normas legislativas, y de tutela de los derechos fundamentales ante cualquier injerencia estatal reñida con la normativa jurídica y las disposiciones contenidas en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

Es congruente, entonces, en esta línea de pensamiento apelar por que la independencia judicial como garantía funcional de jueces y magistrados se arraigue desde lo interno para poder resistir las injerencias externas, en especial de los otros poderes del Estado, en este sentido, siguiendo a Romeo Laguna compartimos que "la independencia en la actualidad comporta apostar por el equilibrio institucional específico, en que sea posible juzgar sin interferencia alguna de los otros brazos expresivos (órganos) de los poderes dentro del mismo estado de derecho y sin perturbaciones debidas a la influencia de presiones extraprocesales de las partes."⁴ Y por redundante que parezca, hay que decirlo: arraigo en lo interno es sustraer a los jueces y magistrados de los halagos y críticas venidas de las autoridades superiores, por causa de su función, y ni que decir de las recompensas o compensaciones que pervierten la función jurisdiccional

II. DIMENSIONES DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

En principio nos referimos a la independencia externa e interna, la primera se afirma frente, o ante los otros poderes del Estado y a las expresiones materializadas de las fuerzas políticas, económicas o sociales y las que devienen de las propias partes procesales en el conflicto sometido a la jurisdicción, y la independencia interna es por designación la que se manifiesta en relación a las autoridades de los órganos jurisdiccionales superiores o veni-

3- Vid Ferrajoli, Luigi, op cit, pág 26, Afirma al respecto: En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, esta el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean -o precisamente porque son- poderes de mayoría.

4- Laguna, Juan Romeo, op. cit, Pág. 38

da de otros funcionarios judiciales, o en su caso, del gobierno del consejo de la judicatura.

No esta demás traer a colación que el principio de la independencia judicial en sus dos vertientes tiene su reconocimiento en la normativa internacional, para el caso el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos declara que: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un *tribunal independiente e imparcial*", de igual manera se establece en el artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por consecuencia, una violación al debido proceso por causa de la politicidad proveniente de intereses manifiestos y comprobables de sujetos ajenos a la función jurisdiccional, podría dar lugar al conocimiento eventual de estos asuntos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica.

Respecto a la independencia externa cabe destacar que el juez debe abstenerse de estar en relación con determinados sectores sociales, políticos o religiosos que puedan afectar su independencia y exigible imparcialidad, en torno a esto el actual Fiscal General de Costa Rica, Francisco Dall'Anese Ruiz subraya "la necesidad de que institucionalmente el órgano jurisdiccional no responda a los planteamientos de las distintas fuerzas políticas, y que los jueces mantengan distancia de la actividad de los partidos políticos."⁵ Agregando a renglón seguido que "Dentro de la estructura del estado, el Poder Judicial debe mantener autonomía de criterio con respecto a los órganos legislativo y ejecutivo:" De igual forma el Estatuto del Juez Iberoamericano establece **la obligación de respeto a la independencia judicial** prescribiendo que "los otros poderes del Estado, y todas las autoridades, instituciones y organismos nacionales o internacionales, así como los diferentes grupos y organizaciones sociales, económicos y políticos, deben respetar y hacer efectiva la independencia de la judicatura". Lo que implica, en principio, que la selección y nombramiento de los jueces se produzca mediante concurso y bajo las disposiciones establecidas en la Ley de la Carrera Judicial, dejando a salvo este proceso de cualquier intromisión venida del Ejecutivo o del Legislativo, o, de las autoridades judiciales.⁶

En cuanto a la independencia interna vale decir que "el más humilde juez de la pirámide judicial al administrar justicia declara que el derecho es tan soberano como lo puede hacer la más alta Corte de Justicia."⁷ De ahí que al hablar de Poder Judicial, en lo jurisdiccional nos referimos a los jueces sin distinción y no deben haber categorías de jueces dependientes e independientes, pero si las hay de órganos judiciales superiores e inferiores, pero éstas no causan relaciones de subordinación en el ejercicio jurisdiccional. Sin embargo, no se puede cerrar los ojos y dejar de ver que las posibilidades de injerencia del superior en la actividad jurisdiccional del inferior ocurre como consecuencia de que en la actualidad no se separa de manera conducente la función jurisdiccional y organizativo-administrativa, ocurriendo que las injerencias pueden producirse de distintas formas, algunas especialmente sutiles, pues "en la actualidad es muy difícil que los posibles ataques a la independencia de los jueces se produzcan de forma clara y manifiesta, a través de cualquier forma de orden, instrucción o imposición, sino que revestirá formas mas sutiles oscilantes entre la amenaza y el halago."⁸ Manifestaciones que deben ser desoídas si partimos de que el juez esta obligado a garantizar y defender la independencia de la función jurisdiccional que ejerce por delegación del Estado.

Siguiendo a Dall'Anese Ruiz podemos adelantar como conclusión que la indisponibilidad de los fallos por las partes y otras fuerzas externas es la nota distintiva de la independencia del juez. Ya que "si este tiene la posibilidad no solo legal sino real, de decidir libremente dentro

-5- Dall'Anese Ruiz, Francisco, ponencia "Resumen sobre la Independencia Judicial en Centroamérica," recogida en: Libro Blanco sobre la Independencia del Poder Judicial y la Eficacia de la Administración de Justicia en Centroamérica, op. cit, pág. 20

-6- Véase en torno a las injerencias de otros poderes del estado, Mejia, Joaquín A. en: Derechos Humanos y Proceso Penal, Editorial Guaymuras, 2005, Pág. 145.: Por ello, no es raro ver que en cada cambio de gobierno también hay cambio de jueces y demás personal en los tribunales lo que contraviene, entre otras normas, el principio 1 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura.

-7- Laguna, Juan Romeo, op.cit, pág 41

-8- Laguna, Juan Romeo, op cit..., pág 42

del marco de la juridicidad, la independencia existe; pero cuando la decisión va acompañada de una negociación, aunque sea tácita, en función de la estabilidad en el empleo, la posibilidad de ascenso o el salario, hay un agente externo al juzgador disponiendo de su decisión, con lo que la función jurisdiccional es espuria.⁹ Resquebrajándose de esta forma el mandato legal de que el juez únicamente esta sometido a la Constitución y a la ley.

En este marco Los **Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, de las Naciones Unidas** previenen contra las "intrusiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial" así como contra "influencias, alicientes, presiones, amenazas" y a "que el procedimiento judicial no se desarrolle conforme a derecho" De igual forma el Código Procesal Penal vigente, en su artículo 7 dispone qué debe hacer el juez en caso de interferencia en su función, cuando esta sea externa o interna. Estableciendo los mecanismos de denuncia cuando la presión o injerencia provenga de la Corte Suprema de Justicia, de alguno de los magistrados o de otro tribunal; requiriéndose para la eficacia de estos correctivos mayor reglamentación para el cumplimiento de la norma precitada.¹⁰ Ahora bien, el juez, visto desde un ámbito subjetivo-funcional, siempre estará ante la disyuntiva del mandato constitucional y las sutilezas propias del entorno, pero como señala Ferrajoli¹¹, el significado actual de la independencia judicial no es si no el resultado de una evolución histórica, de tal manera que, la independencia tiene mas de hecho cultural que institucional y la magistratura como poder independiente ha tenido que ir madurando a través de un proceso lento, laborioso y desde luego no exento de discusión.

III. INAMOVILIDAD EN EL CARGO

Plantearse la importancia de la independencia judicial como consustancial al ejercicio de la jurisdicción, necesariamente conlleva dar su espacio a la inamovilidad en el cargo de que deben gozar los funcionarios judiciales, afirma Mortati que "la inamovilidad garantiza la estabilidad, la permanencia en el puesto, en la sede, en las funciones; sustrayéndole así a todo traslado o cese que no sea voluntario o dispuesto por motivos expresamente establecidos en el ordenamiento judicial.¹²" En este plano es fácil concluir que no tiene estabilidad o por lo menos se ve amenazada la independencia de un juez

sujeto a sanciones, traslados o despidos arbitrarios de parte de las autoridades judiciales. Teniendo en cuenta que cuando se produzcan sanciones estas deberían imponerse una vez agotada la investigación y el debido proceso, encargando estas funciones a un tribunal disciplinario conformado por jueces de reconocida trayectoria y experiencia y no como sucede actualmente que quien conoce y sanciona es la jerarquía de la carrera judicial, auxiliada para tal propósito de la Inspectoría de Tribunales responsable de la investigación en la mayoría de los casos. Sin embargo, conformar un tribunal para el proceso disciplinario dotaría a este régimen de un **proceso como es debido**, con observancia de todas las garantías procesales (presunción de inocencia, de audiencia, defensa, contradicción y recursos legales que correspondan) lo que permitiría por su especialidad deslindar las faltas administrativas -únicas sancionables- de la parte jurisdiccional¹³. Lo antes apuntado lo es de *lege ferenda*, ya que la vigente ley de la carrera judicial no contempla esas disposiciones.

En el campo de la estabilidad en el cargo es de especial importancia considerar que la garantía de inamovilidad "se extiende a los traslados, promociones y ascensos, que exigen (necesariamente) el libre consentimiento del interesado" Esto ultimo en un espíritu garantista y en contraposición a lo que dispone la vigente Ley de la Carrera Judicial que contempla los traslados como una sanción,

9- Dall'Anese Ruiz, Francisco, op. cit., Pág. 21

10-De igual forma el artículo 22 del CPP al desarrollar la prohibición de limitar o interferir la actividad judicial, dispone que la contravención de esta norma se sancionara con la pena prevista para el delito de sedición. Estableciendo también la prohibición de que particulares, funcionarios o militares, tampoco podrán hacer insinuaciones o recomendaciones de cualquier naturaleza a los jueces y magistrados, que puedan interferir o coartar la libre conducta o el criterio del juzgador.

11- Citado por De Prada Solaesa, Ricardo, en: El nuevo Código Procesal Penal y el sistema de garantías judiciales en el Pacto de San José, de la colección Cuadernos de Estudios Judiciales "Rafael Alvarado Manzano", 2001, Pág. 107

12- Citado por Laguna, Juan Romeo, op. cit., Pág.45

13- Al respecto, y trazando un límite infranqueable de la actividad de la Inspectoría, Mejía, Joaquín A., op cit. Pág. 131: señala: la independencia judicial impide que la Inspectoría de Tribunales entre a conocer aspectos relacionados con la interpretación de la ley y la valoración de la prueba que hace el juzgador.

lo que da lugar al menoscabo de la independencia judicial. En lo concerniente al tema, el Estatuto del Juez Iberoamericano dispone en su artículo 16 que "excepcionalmente, podrá establecerse en la ley la posibilidad de ascenso o traslado del juez por necesidades del servicio o modificación de la organización judicial o el destino temporal de aquel, por iguales motivos, para reforzar otro órgano jurisdiccional. En casos como estos, en que prevalece el interés general sobre el particular, deberá garantizarse el respeto del debido proceso." En consonancia, lo que debe prevalecer es estrictamente el traslado y la promoción voluntaria y en aquellos casos excepcionales y justificados que contraríen el interés manifiesto del juez por la necesidad interna, se impone necesariamente que se siga el trámite administrativo conforme a las garantías del debido proceso.

En cuanto a la responsabilidad del juez en relación al régimen disciplinario, hay que tener en cuenta que las sanciones "no amparan los atentados contra la independencia judicial que pretenden encubrirse bajo su formal cobertura." (Art. 19 del Estatuto del Juez Iberoamericano). Así también que la exigencia de evaluación del desempeño no debe traer aparejada un despido encubierto ya que "el desempeño inadecuado o deficiente en el ejercicio de la función jurisdiccional, debidamente acreditado mediante procedimiento legal... puede conllevar la aplicación de períodos de capacitación obligatoria o, en su caso, la aplicación de otras medidas correctivas o disciplinarias." (Art. 23 del E.J.I.), las que necesariamente deben graduarse para así evitar que las mismas puedan desembocar en circunstancias que pongan en precario la independencia y estabilidad del juez en su cargo.

Ahora bien, la inamovilidad en el cargo además de estar regulada en la ley vigente y en el anteproyecto de ley de del **Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial**, constituye ante todo una prescripción Constitucional de conformidad al artículo 317 que dispone: "los jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados, descendidos ni jubilados sino por las causas y con las garantías previstas en la ley". Estableciéndose como garantía a este régimen de carrera judicial el nombramiento por concurso, hoy por hoy incumplido en la mayoría de los casos, y que en la propuesta de *lege ferenda* próxima a enviarse al congreso contempla además de

la idoneidad y la oposición para acceder al cargo, la forma de ascenso de juez de paz a juez de letras y de este a magistrado de corte de apelaciones.

Pero la normativa, por sí misma no garantiza que el ingreso necesariamente se promueva de forma regulada, es decir, por concurso u oposición que evalúe los conocimientos y méritos de los profesionales, aun cuando hay que reconocer que como consecuencia de la Reforma Procesal Penal se han producido dos procesos de oposición para optar al cargo de jueces de sentencia y uno que ésta en preparación actualmente, pero al margen de estos continúan casi de forma generalizada los nombramientos sin superar estos procesos, convirtiéndose en realidad que "la historia de los nombramientos de jueces es un recuento de injusticias en muchos casos, pues normalmente se hace por compadrazgos, amistades e influencias."¹⁴ Lo que trae como consecuencia la politización en mayor o menor medida del órgano jurisdiccional, situación estructural que solo pueden tener su correctivo en la implementación de los procesos de selección y nombramiento de los jueces por concurso y en la separación de la función jurisdiccional de la administrativa.

IV. EL JUEZ Y SUS DERECHOS

El juez como sujeto responsable de la eficacia de la judicatura por su idoneidad técnica, profesional y ética, además de sus deberes, entre los que sobresalen su obligación de defender la independencia judicial, la imparcialidad como condición indispensable para el ejercicio de la jurisdicción, la observancia de las incompatibilidades que por ley se le imponen, la inexcusable obligación de motivación en las resoluciones, el impulso de las causas en un plazo razonable y el deber del secreto profesional en relación con los hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función; también tiene derechos, los cuales en un régimen democrático deviene obligado a demandarlos, entre otros: a la no discriminación por motivo de raza, sexo, religión, ideología, posición social u otro, a la inamovilidad en el cargo, a la capacitación, a

14- Dall'Anese Ruiz, Francisco, op cit., Pág.28

la remuneración suficiente, irreducible -por causa de la inflación o devaluación- y sujeta a revisión favorable, a la seguridad personal y familiar, etcétera. En definitiva, el cumplimiento de estos derechos condiciona de buena manera el ámbito de la independencia judicial y el que los jueces no se vean inquietados o perturbados en su función jurisdiccional.¹⁵

En este contexto de derechos no se puede obviar que la apropiación correcta de la judicatura se enmarca en los no menos importantes **derechos de libertad de expresión y de asociación**, dispuestos en Los Principios Básicos Relativos a la Independencia Judicial, de las Naciones Unidas, art. 8 "En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos, **los miembros de la judicatura gozaran de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión**, con la salvedad que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura." Asumiendo de la lectura de esta disposición que el ejercicio de estas libertades guardan relación con el juez como sujeto en la judicatura y más allá de los límites de su despacho, pues se trata de un juez que interioriza su derecho a expresarse y asume posición en su entorno institucional en conexión con los presupuestos de independencia judicial y del paradigma garantista del Estado de Derecho. Este es ni más ni menos el juez que investiga, expone, discute y propone el acervo cultural que le proporciona la jurisdicción, consciente de su papel en el fortalecimiento de la institucionalidad del poder judicial y del Estado de Derecho.

Ahondando en el tema, es indudable que a la judicatura le es consustancial la independencia, pero ejercida por jueces que deciden ser más que meros aplicadores formales de leyes. Es decir, jueces que se separan de la concepción tradicional "acrítica" de la función jurisdiccional, y que interiorizan que la independencia del juez no es separación o ajenidad a la sociedad civil; entendiendo que se es miembro de un poder del Estado, y que como tal puede involucrarse en la defensa de sus condiciones de trabajo, sin perder de vista que también le corresponde velar por el interés general que interviene en la vida económica y social, y de su papel primordial y beligerante como garante de los derechos fundamentales.

Si bien el razonamiento del tema aquí reseñado admite otros enfoques, además de la perspectiva esbozada, viene al caso para cerrarlo por ahora, citar una vez más a Luigi Ferrajoli en su ponencia *El Derecho como Sistema de Garantías*, al hablar de *El papel del juez y la legitimación democrática de su independencia*,¹⁶ cuando nos dice: "En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de la igualdad como igualdad en *droits* : puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen. Este es el sentido de la frase "¡Hay jueces en Berlín!": debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso los demás se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase una absolución."¹⁷

15- Vid. Mejía, Joaquín A, op cit, opina sobre ... "la necesidad de lograr que en el nombramiento de jueces se valore la capacidad y experiencia de la persona y que, una vez en el cargo, pueda gozar de inamovilidad para evitar el temor de ser removidos cuando dictan resoluciones contrarias a los intereses de los grupos de poder."

16- Ferrajoli, Luigi, op. cit, pág 27

17- Sánchez Escobar, Carlos, *Límites Constitucionales al Derecho Penal*, 2004, Pág. 106., Aporta al respecto que "El juez no se legitima por responder al clamor de las mayorías, por ello es que precisamente, su elección en nuestro sistema, no responde a criterios políticos directos del electorado, inclusive, en ocasiones la defensa de la constitución y de sus garantías y libertades, originará que la decisión del juez, no responda a las expectativas que puedan formarse grupos mayoritarios, pero ahí radica la esencia de la independencia e imparcialidad del juzgador, este es garante de la Constitución, y debe hacerla valer, aunque eso contradiga el sentir popular, o las opiniones de los grupos de poder, incluyendo los *mass media*."

La Portación Ilegal de Armas de Fuego en Ocasión de Cometerse un Delito de Robo Agravado, ¿Concurso de Leyes o de Delitos?*

****Por Carlos David Cálix Vallecillo:** Abogado y Notario, D. de Especialización en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas, Doctor en Derecho, Asistente de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Sí en ocasión de haberse cometido un delito de robo, agravado por la circunstancia de que los malhechores portando armas de fuego, se hayan introducido a una casa habitada, intimidando a sus moradores, rompiendo la caja fuerte y apoderándose de las joyas y otros artículos guardados en ella¹, cabe preguntarse: ¿dado el caso de que dichas armas fuesen de guerra², o siendo comerciales, quienes las utilizan no cuentan con el respectivo permiso de portación³, debe apreciar el Juez, un concurso de leyes o un concurso de delitos?, o planteado de otra manera: ¿debe imponerse únicamente, la pena correspondiente al robo agravado, o las dos, tanto por el delito de robo, como también por el de portación ilegal de armas de fuego?

Para entrar en la discusión de éste problema, es necesario, que en primer término establezcamos, cuando estamos ante un concurso de delitos y cuando lo estamos ante uno de leyes.

EL CONCURSO DE DELITOS Y EL CONCURSO DE LEYES

El *concurso de delitos* normalmente se presentará, cuando partiendo de la unidad de la acción existe una pluralidad de delitos (concurso ideal) o cuando en ocasión de ejecutarse una pluralidad de acciones también sucede otro tanto con los delitos cometidos (concurso real).

En cambio, como lo explica MUÑOZ CONDE, el denominado *concurso de leyes* no tiene nada que ver con un auténtico concurso, sino con un problema de interpretación para determinar la ley o precepto penal aplicable, cuando ante un mismo supuesto de hecho *aparentemente* son varios los preceptos que vienen en consideración, pero el desvalor que representa ese supuesto de hecho es abarcado por *uno* de los preceptos concurrentes, cuya aplicación excluye la de los demás. Así por ejemplo, un asesinato, es también un homicidio, y, si no estuviera especialmente tipificado en el Código Penal (art. 117), podría perfectamente ser castigado como un delito de homicidio, ya que de todos modos, igual que éste delito también el asesinato consiste en la muerte de una persona⁴.

El Código Penal hondureño, en su artículo 2-A, establece una serie de criterios para resolver los denominados concursos de leyes, al señalar que: "...las acciones u omisiones de ser calificadas con arreglo a dos o más preceptos de este Código se sancionarán observando las

1- Supuesto de hecho subsumible en el artículo 219 No. 2 literal d) del Código Penal.

2- Vid. artículo 332-A del Código Penal, que sanciona con la pena de ocho (8) a diez (10) años de reclusión a la persona no autorizada que use armas de guerra.

3- Vid. artículo 332-B del Código Penal, que castiga con una pena de tres a seis años de reclusión, a quien sin permiso de la autoridad competente, posea o use armas de fuego comerciales.

4- Vid en este sentido: MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/ GARCIA ARAN, MERCEDES, Derecho Penal, Parte General, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 493.

reglas siguientes: "1) El precepto especial se aplicarán con preferencia al precepto general, 2) El precepto subsidiario se aplicará en defecto del principal cuando se declare expresamente dicha subsidiariedad o ella figure en forma tácita, y 3) El precepto penal complejo absorberá a los que sancionan las infracciones consumidas en aquel."

Del precepto legal antes relacionado, se desprende de la existencia de varios principios, que a su vez sirven como criterios interpretativos: *el principio de especialidad, el principio de subsidiariedad y el principio de concurrencia*.

Veremos ahora en que consiste cada uno de ellos y analizaremos si resultan aplicables a la hipótesis delictiva, que nos hemos planteado al inicio de éste trabajo.

a) El Principio de Especialidad (*"el precepto especial se aplicará con preferencia al precepto general": lex specialis derogat lex generalis*):

Este se aplicará cuando un precepto reproduce las características de otro, añadiéndole además otras específicas, el precepto más específico (*lex specialis*) desplaza al más genérico (*lex generalis*). Así por ejemplo, el asesinato (art. 117), contiene junto con las características generales del homicidio (art. 116: muerte de otra persona), otra más específica (alguna de las circunstancias agravantes previstas por el art. 117), por tanto en concurrencia aparente de los dos preceptos, sólo el más específico será aplicable, es decir, el asesinato. Igual cabe decir, de la relación entre hurto (art. 223 No. 1) y robo (art. 217).

En la hipótesis delictiva que ahora nos ocupa, podemos afirmar que no es aplicable el principio de especialidad, puesto que el robo agravado del artículo 219 numeral 2) literal d), si bien es cierto que en su descripción típica exige que porten armas los malhechores, a lo que hay que añadir la introducción en casa habitada, el apoderamiento de bienes muebles ajenos con intimidación, y la fractura de caja fuerte, no es menos cierto, que las armas utilizadas por los delincuentes, no necesariamente han de ser de fuego, sean estas de guerra o comerciales portadas ilegalmente, de ahí que el robo agravado no contiene en su descripción típica todos los elementos propios de aquel delito, y por lo tanto no existe la relación antes mencionada.

Descartada, pues, la aplicación del principio de especialidad veremos si es aplicable el principio de subsidiariedad.

b) El principio de subsidiariedad (*"el precepto subsidiario se aplicará en defecto del principal cuando se declare expresamente esa subsidiariedad o ella figure en forma tácita"*).

La relación de subsidiariedad consiste en que un precepto (ley subsidiaria) ha sido establecido para que se aplique solamente en el supuesto de que no venga otro (ley primaria) en aplicación, unas veces este propósito se declara expresamente (subsidiariedad expresa), otras se desprende del sentido de la ley (subsidiariedad tácita)⁵. El principio de subsidiariedad es una forma de evitar, que la no concurrencia de determinados requisitos, deje sin sanción, un hecho que, de todos modos, puede ser sancionado por otro precepto que no exige tales requisitos, así por ejemplo: cuando alguien colabora en la realización de un delito y su contribución no pueda calificarse de cooperación necesaria (art. 32 párrafo primero C.P.) se aplicará el precepto que regula la complicidad (art. 33 párrafo primero C.P.), el castigo del hurto como una falta procederá, siempre que la cuantía de la cosa no supere los diez lempiras (art. 400 No. 1 del Código Penal), el castigo de las injurias como falta, también es procedente cuando sean leves (art. 399 No. 3 C.P.), y la penalización del incendio de cualquier clase, como falta, es posible, siempre que no estuviere penado como delito en el libro Segundo del Código Penal (art. 404 C.P.).

Así las cosas, podemos afirmar que en el caso hipotético que nos sirve como punto de partida en este trabajo, no es aplicable el principio de subsidiariedad, puesto que no existe norma alguna, que de manera expresa o tácita mande que el Juez, en caso de no poder sancionar la comisión del tipo penal de portación ilegal de armas de fuego, aplique subsidiariamente la pena prevista para el robo agravado. Como antes lo hemos dicho, éste último delito no encierra el núcleo típico fundamental del anteriormente mencionado, puesto que *a veces* pueden coincidir, pero no siempre.

5- Vid. RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA, Derecho Penal Español, Parte General, 18ª edición, Dykinson, Madrid, 1995, pág. 197.

Descartada la aplicación del principio de subsidiariedad, queda ahora por constatar si es aplicable el principio de consunción.

c) El principio de consunción: ("*...el precepto penal complejo absorberá a los que sancionan las infracciones consumidas en aquél: *lex consumens derogat lex consumpta**").

El tercer criterio interpretativo se aplica cuando un delito engloba otros hechos ya de por sí constitutivos de delitos que no se castigan autónomamente, puesto que su desvalor va incluido ya en el desvalor del delito que forman parte, así por ejemplo: el delito de lesiones (art. 134 C.P), queda consumido en el delito consumado de homicidio (art. 116) o en su caso, en el de asesinato (art. 117). Igualmente deben solucionarse con ayuda de este criterio los llamados actos copenados, anteriores o posteriores. Por ejemplo: la introducción al país de la moneda que previamente se ha falsificado o usar un documento que ya antes se ha falsificado, (tratándose del mismo sujeto), son actos posteriores o copenados impunes, porque ya el desvalor de la falsificación consume la introducción o posterior uso en el tráfico jurídico del objeto falsificado. (vid. arts. 274, 284 y 289 del Código Penal).

Obviamente, como lo destaca MUÑOZ CONDE, para apreciar el principio de consunción, es preciso que los diversos hechos estén en la misma línea de progresión en el ataque a un mismo bien jurídico, pues de lo contrario ya no habría concurso de leyes, sino de delitos⁶.

GARCIA ALBERO, refiriéndose a ésta cuestión, sostiene que el bien jurídico protegido en los delitos de tenencia ilícita de armas y explosivos, consiste en la seguridad frente a los riesgos derivados de la libre circulación y tenencia de armas y explosivos; seguridad que se ve lesionada con la realización de tales conductas....La naturaleza de dichas infracciones explica que sea irrelevante, para la perfección del delito, tanto la constancia de un fin o intención específica en el sujeto poseyente, cuanto la causación de un peligro concreto, y más aún de un daño con dichos instrumentos. El delito de tenencia ilícita tiene *lesividad propia*: el ciudadano tiene derecho a confiar en la fiscalización y control especialmente intenso sobre la circulación y uso de instrumentos particularmente peligrosos. Es precisamente esa confianza en un

"estado jurídicamente garantizado", sobre la disposición de tales objetos lo que constituye un valor en sí mismo, y lo que entronca precisamente con el concepto estricto de orden público, entendido como "tranquilidad y sosiego", en las manifestaciones de la vida social.

El delito, *no resulta absorbido por las infracciones cometidas a través del uso del arma detenida ilícitamente*- concurso real o medial, caso de que la tenencia sea necesaria y se preordene y agote con la realización del delito fin pretendido, dada la naturaleza *permanente* de aquella con independencia de la naturaleza del delito cometido. *Igualmente el delito resulta compatible con el robo de intimidación agravado por el uso de armas Art. 242.2, pues el peligro abstracto, general y permanente que representa su tenencia no puede entenderse consumido con la puntual puesta en peligro individual a que responde la ratio del tipo agravado de robo.* (STS 20 de noviembre de 1993, RJ 1993, 8648, señalando con razón no existir "bis in idem")⁷.

CUELLO CALON, citando varias sentencias del Tribunal Supremo Español que abordan este problema, afirma que cuando la tenencia ilícita de armas concurre con un delito o delitos de homicidio o lesiones, de atentado, *o con otro delito*, aquella infracción no queda absorbida por éste, existiendo entonces un *concurso de delitos*; concluyendo que por lo tanto deben sumarse las penas previstas para cada una de las infracciones (concurso real)⁸.

6 Vid. MUÑOZ CONDE, F. / GARCIA ARAN, M., Derecho Penal, Parte General, op cit, pág. 495, señalando que por ejemplo, se considera que entre la falsificación de documentos públicos y la estafa no hay concurso de leyes, sino de delitos, por tratarse de bienes jurídicos distintos.

7 Vid. GARCIA ALBERO, RAMON, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Director), VALLE MUÑIZ, JOSE (Coordinador), Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, pág. 1552 y ss.

8 Vid. CUELLO CALON, EUGENIO, Derecho Penal, Tomo II, Vol. I, puesto al día por CAMARGO, 14ª edición, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1982, págs. 199-200, quien cita las sentencias del Tribunal Supremo Español de 22 enero de 1935, Igual doctrina en 26 de enero y 26 de febrero 1926, 10 de enero de 1931, 31 agosto de 1935. Dicho concurso de delitos, según el mencionado autor se penará conforme al artículo 69 (hoy 73 del Código Penal Español, y equivalente al 35 del Código Penal hondureño como un: *concurso real*) y no con arreglo al artículo 71 (equivalente al 77 del Código Penal Español vigente, y al 36 del Código penal hondureño: *concurso ideal*), *pues este delito, declara el Tribunal Supremo, tiene sustantividad propia, con independencia de los demás, que usando las armas pudieran cometerse*", 23 de abril de 1974.

MUÑOZ CONDE expresa que "cabe el concurso entre la tenencia ilícita de armas y los delitos contra las personas (homicidio, lesiones, amenazas, *robo*)", descartando de ese modo la posibilidad de apreciar un concurso de leyes⁹.

Finalmente, e igualmente ilustrativa, resulta la Sentencia del Tribunal Supremo Español, del 3 de abril de 1995, donde se considera que en los delitos de tenencia ilícita de armas y explosivos, el bien jurídico protegido, no es sólo la seguridad del Estado, sino también la seguridad general o comunitaria, para las que supone un grave riesgo y un grave peligro que instrumentos aptos para herir o incluso matar, se hallen en mano de particulares, sin la fiscalización y el control que supone la expedición estatal de oportunidad y la guía de pertenencia"¹⁰.

SOLUCION QUE SE PROPONE

Personalmente comparto la opinión de los citados autores; y es que el delito de robo agravado por utilización de armas de fuego, no absorbe el desvalor de la tenencia ilícita de armas, puesto que con el castigo de tales infracciones se protegen bienes jurídicos distintos. El uno siendo un delito de resultado atenta contra el patrimonio, el otro, un delito de peligro abstracto, pone en peligro la seguridad comunitaria, con el cual se busca asegurar la debida fiscalización del Estado sobre estos instrumentos con un gran potencial para causar daños, sobre todo a la integridad corporal de las personas. De este modo, y siendo que los hechos a enjuiciar no están en la misma línea de progresión en el ataque a un mismo bien jurídico, debemos descartar la aplicación del principio de consunción.

Así las cosas, excluidas todas las hipótesis en que cabe apreciar un concurso de leyes, y con ello, la aplicación única y exclusiva de la pena prevista para el delito de robo agravado por la utilización de armas de fuego, debemos ahora razonar, si cuando concurren las figuras de robo agravado y portación ilegal de armas de fuego al mismo tiempo, debemos aplicar las reglas del concurso medial o las del concurso real de delitos.

La figura del concurso real encuentra acomodo en el artículo 35 párrafo primero de nuestro Código Penal, donde se establece que ".....al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes

a las diversas infracciones....".

Por su parte, el artículo 36 del mismo texto normativo, regula el concurso medial, al prever que las disposiciones del artículo anterior, (es decir las que corresponden al concurso real), no se aplicarán cuando uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro.

En mi opinión personal, y dada la naturaleza de las infracciones que entran en concurso, es valedera la opinión jurisprudencial líneas arriba citada, en cuanto que partiendo de que el delito de portación ilegal de armas de fuego, no resulta absorbido por las infracciones cometidas a través del uso del arma detentada ilícitamente, se aplicarán las reglas del *concurso medial* (la pena del delito más grave aumentada en una cuarta parte) en caso de que *la tenencia* sea necesaria, se preordene y se agote con la realización del delito fin pretendido, puesto que de otro modo y de persistir tras la consumación efectiva del delito de robo, la posesión ilícita de las armas utilizadas para su comisión, (dada la naturaleza *permanente* de esta última infracción), cabrá apreciar un *concurso de delitos*, y por ende al culpable, deberán aplicársele todas las penas que correspondan para cada una de las infracciones.

9 Vid. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Derecho Penal, Parte Especial, 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 775.

10 Citada por GARCIA GIL, JAVIER, Código Penal y Jurisprudencia, Editorial Edijus, Zaragoza 1996, pág. 725.

La pena de muerte, una medida inconstitucional, a la vez que inmoral, no es justa ni útil.

*Por Félix Antonio Ávila Ortiz: Abogado y Notario;
Juez de Tribunal de Sentencia, con funciones de asis-
tente de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de
Justicia.*

Desde hace mucho tiempo se viene insistiendo en la posibilidad de instaurar la pena de muerte como máxima sanción para quienes cometan cierto tipo de infracciones penales en nuestro país. El tema ha sido objeto de análisis, superficial las más veces, y en algunos casos con responsabilidad. En los últimos meses ha cobrado vigencia el tema a raíz de la propuesta de un candidato de un partido político, quien como tema de campaña electoral le ha hecho creer a los ciudadanos de este país que su propuesta, de hacerse realidad, resolvería los problemas de inseguridad que nos aquejan. Tratando de aportar a la sociedad parte de mis conocimientos sobre la materia, me atrevo ahora a abordarlo, consiente que no es fácil hacerlo, dadas las limitaciones implacables del tiempo y del espacio que hay que respetar en un artículo o columna de opinión. En primer lugar, debo decir que la propuesta, de convertirse en realidad, violaría de manera flagrante la Constitución de la República, la cual en su artículo 65 dice que **el derecho a la vida es inviolable**, y en el 66 proclama que **se prohíbe la pena de muerte**. Semejantes postulados no pueden ser más claros. No es posible implantar o instaurar la pena de muerte como máxima sanción en nuestro país, a menos que, se reforme la Constitución, cuestión que no es nada fácil, si tomamos en cuenta que somos parte de un orden jurídico internacional, el cual nos hemos obligado a respetar. Honduras es parte del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Como Estado parte en la Convención Americana, se ha obligado a no restablecer la pena de muerte en atención a lo que dispone el artículo 4.3 de la Convención. Pero como se insiste en el tema, se dice que es fácil hacerlo, basta como denunciar el tra-

tado, y al no ser ya parte del mismo se procedería con facilidad a reformar la Constitución. La cuestión no es nada fácil, dice el artículo 78 de la Convención, "*Los Estados partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes*".

En el remoto caso de que el Estado de Honduras se atreviese <cosa que no creo> a denunciar la Convención habría que esperar un año a partir del momento de la recepción de la denuncia por parte de la Secretaría de la OEA, para proceder a reformar la Constitución de la República y luego el Código penal, tarea esta que llevaría por lo menos tres años. Luego, claro está, nuestra nación al separarse del sistema, solamente estaría demostrando que en lugar de avanzar en el respeto de los derechos y libertades públicas, se estaría ubicando a la par de aquellas <afortunadamente cada vez menos> naciones que prefieren el totalitarismo. Nada bueno le puede esperar en el contexto de la comunidad internacional a una nación del tercer mundo que intenta semejante aventura jurídica internacional.

En segundo lugar, abordaré ahora el tema de la viabilidad de la pena capital como solución a los problemas de inseguridad y criminalidad en el país. De previo debo decir que la criminalidad no se combate aumentando desmesuradamente las penas como es la costumbre en este país. La justificación de la pena capital ha venido siendo

tratada desde hace varios siglos. En el período de la ilustración **Rousseau** la justificaba, pues según él, habiendo el ciudadano celebrado un contrato social con el soberano, había cedido todos sus derechos, incluso la vida, por lo tanto, aquella ya no es un beneficio de la naturaleza, sino un **don condicional del Estado**. Contrario a la dimensión y noción de los derechos individuales que se tenía en aquella época, la sociedad contemporánea ha reconocido que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que este, tiene el deber de respetar y garantizar. Estos derechos humanos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, son superiores al Estado, por ende, está en el deber de respetar y garantizar. La cuestión ha sido tratada por los órganos de protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano. Desde hace varios años la Corte Interamericana de Derechos Humanos, viene sosteniendo que, "... la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente". (Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A, N° 6, párr. 21.)

Siempre en el período de la ilustración, **César Beccaria** propugnó por la abolición de la pena de muerte por considerar que no es verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado. En su obra clásica de los delitos y de las penas, (1764) indagaba: "*Cuál puede ser el derecho que se atribuyan los hombres para matar cruelmente a sus semejantes? (...) Quién ha querido jamás dejar a otros hombres el arbitrio de matarlo? (...) No es útil la pena de muerte por el ejemplo de atrocidad que da a los demás hombres. Si las pasiones o la necesidad de la guerra han enseñado a derramar la sangre humana, las leyes moderadoras de la conducta de los hombres, no deberían aumentar el fiero ejemplo, tanto más funesto cuanto que la muerte legal se da con estudio y con formalidades. Parece un absurdo que las leyes, que son la expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, lo cometan ellas mismas y, para alejar a los ciudadanos del asesinato, ordenan uno público*". En la actualidad, el Juez y ex -presidente de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, **Antonio A. Cançado Trindade**, ha reflexionado así: "*El orden legal que aplica la pena de muerte acude él mismo a la extrema violencia que pretende combatir; mediante la aplicación de la milenaria ley del talión, el propio poder público acude a la violencia, disponiendo <bajo una visión jurídicamente totalitaria> de la vida de una persona, del mismo modo que ésta privó a otra de la vida, y esto a pesar de la evolución histórica, igualmente milenar, de la justicia para superar la venganza (pública y privada). La justicia que manda matar se muestra segura de que hay personas que ultrapasarón los límites de la redención, y que el medio social respectivo ha alcanzado un grado de perfección que requiere la eliminación de dichas personas, (...) En efecto, un orden legal que manda matar, acudiendo a los mismos métodos de la eliminación total que condena en los actos de los homicidas, carece de credibilidad*". (Voto concurrente a la sentencia de 21 de junio de 2002; Caso Hilaire, Constantine y Benjamín vrs. Trinidad y Tobago)

Conforme a lo que he expuesto, la pena de muerte como sanción máxima para quienes cometan las más horribles infracciones al orden jurídico establecido por el Estado, no es válida en nuestro país, desde el punto de vista legal ni moral. Desde el primer aspecto por que existen limitaciones establecidas en nuestro derecho interno, así como también en el derecho internacional de los derechos humanos del cual formamos parte. Desde el segundo, porque el Estado no ha tenido nunca, ni tiene la potestad para "adueñarse" de la vida de los seres humanos, por que está no es creación de ningún orden jurídico sino emanación de la dignidad del ser humano, aspecto que como ya hemos visto, es superior al Estado. Como lo sostuvo por primera vez la Corte Interamericana, paradójicamente en un caso contra Honduras: "*Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio de la dignidad humana*". (Sentencia de 29 de julio de

de muerte, al igual que todas las penas corporales, es reprobable desde el punto de vista de lo humano, ya que degrada al hombre a la categoría de un ser puramente corporal, carente de toda dignidad, lo cual no es exacto. Siendo además una medida irreparable, se partiría del supuesto de que el orden jurídico hondureño es perfecto e infalible, <lo cual me parece una mentira absoluta> por lo que no cabría como ha ocurrido en muchas ocasiones la reparación, aunque tarde, de una injusticia cometida por el sistema judicial.

Tampoco la pena de muerte es una medida útil para combatir los males que aquejan a este país. Es indemostrable que aquellas naciones que tienen ahora la pena capital han visto reducido el índice de criminalidad por contar con aquella medida tan cruel. Si acaso hay sociedades que han sabido combatir la criminalidad lo ha sido, no por contar entre sus sanciones con la pena capital, sino por que han sabido afrontar el problema con sabiduría y responsabilidad, nunca con medidas desmesuradas que solamente demuestran un cierto grado de barbarie en

pleno siglo XXI. Debemos empezar por examinarnos a nosotros mismos como sociedad, que hemos hecho por los demás? La sociología criminal nos enseña que la sociedad que condena a muerte al criminal lo ha empujado en cierto modo al crimen, o, al menos, ha hecho que éste fuese posible y casi necesario en ciertas situaciones. Desde este punto de vista, ni el delincuente es el único responsable ni la sociedad es enteramente inocente. En conclusión, cualquier estudio u opinión que pretenda justificar la pena muerte como medida eficaz para combatir la criminalidad, y salvadora de vidas inocentes, no está sustentada en una realidad objetiva, cual es, que hemos superado a la barbarie y a los regímenes totalitarios, que la justicia ha avanzado tanto que ha superado la venganza, por el contrario, en una visión jurídicamente totalitaria.

Tegucigalpa, M.D.C., septiembre de 2005.

El Error y su Aplicación en la Legislación Hondureña.

Abog. Eduardo Montes Manzano

Juez de Tribunal de Sentencia

El presente artículo tiene como tema central los errores y su tratamiento en la legislación hondureña, tema éste que resulta de mucho interés para nosotros los aplicadores de justicia, puesto que la doctrina realiza un desarrollo del mismo que puede no ser plasmado en su totalidad en la legislación.- Interesante es señalar que en Honduras, el Código Penal vigente únicamente realiza una escasa regulación sobre los errores, situación que incide en la solución de casos prácticos y puede ocasionar los abusos de los juzgadores, puesto que éstos tienen que hacer una interpretación muy extensiva de la ley y ampararse en lo que, con respecto al tema, ha establecido la doctrina.

Aspectos Generales

De manera general se puede plantear que el error es el conocimiento falso acerca de algo y éste se distingue de la ignorancia puesto que ésta es la falta de conocimiento sobre algo, sin embargo, en el derecho penal el error abarca de manera amplia tanto el conocimiento falso como la ignorancia, por ende, la distinción entre error e ignorancia en derecho penal no tiene mayor importancia.

Así pues, en derecho penal se hablará de error, ya sea cuando la persona tenga una falsedad en el conocimiento o simplemente cuando no sepa nada de algo.

El Derecho Penal ha evolucionado a través del tiempo, situación que se demuestra claramente con el establecimiento de las diferentes teorías del delito que han existido, mismas que también han sido fundamentales para establecer una exposición teórica y práctica de los errores, puesto que la ubicación del dolo en alguna categoría especial de la teoría del delito, determina la aplicación práctica que tienen los errores, sin embargo, para centrarnos en el tema no realizaremos una exposición sobre las diferentes teorías del delito y sus concepciones sobre los errores.

Basta decir entonces que anteriormente se utilizaban los términos de *error de hecho (error facti)* y *error de derecho (error iuris)*, siendo el primero el que recaía sobre las circunstancias fácticas del delito y el segundo sobre las circunstancias valorativas del delito. El principio jurídico *Ignorantia iuris nom excusa*, el cual quiere decir que nadie puede alegar ignorancia de la ley, ha servido de base para diferenciar el error de hecho del error de derecho, sin embargo, es necesario señalar que dicho principio es relativo puesto que admite excepciones y en casos extremos, se ha establecido que el conocimiento de la ley no puede ir más allá de lo que es racionalmente aceptable, puesto que en ocasiones no solamente se puede desconocer la norma, sino que también se puede desconocer el hecho.

Esta fórmula fue abandonada puesto que en el tipo penal se incluyeron elementos normativos que implicaban valoración y como consecuencia de esto, la evolución del Derecho Penal ha conllevado a que se distingan las situaciones de error que surgen en cada estrato de la teoría del delito, delimitando las cuestiones que pertenecen al tipo, las que forman parte de la antijuricidad y por último, aquellas que forman parte de la culpabilidad y que están referidas a contar con todos los elementos de reprobabilidad que se le puede exigir al autor de un delito. En tal sentido, se entiende que el error de tipo supone el desconocimiento de alguno o *todos los elementos del tipo de injusto* y como consecuencia de ello no existe dolo alguno; mientras que el error de prohibición afecta a la *significación antijurídica del hecho*, bien porque el sujeto cree que el hecho no está prohibido o bien por creer que está legitimado para hacerlo.

De lo anterior se desprende, la importancia que tienen los errores, puesto que encontramos estos en toda la teoría del delito, siendo este un tema de suma importancia, tanto para la doctrina como para la ley y la jurisprudencia.

El Error de Tipo

Dentro de la tipicidad, es necesario distinguir la existencia de los elementos objetivos y subjetivos, comprendiendo los primeros la realización de los aspectos fácticos señalados en la ley y los segundos la intención, es decir, el conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal, dicho en otras palabras, el dolo referido a la acción típica.

Con esta general definición, cabe decir que el error de tipo supone el *desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo del injusto*, por ende, dicho error está relacionado directamente con el dolo, puesto que como ya hemos dicho el dolo es conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo penal.

En tal sentido, Mir Puig establece "si el dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el *desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto*"¹. Como consecuencia de tal desconocimiento o error sobre los elementos del tipo penal, se excluye el dolo, por ende, desaparece la tipicidad, por ejemplo, quien dispara sobre lo que supone es un venado que está en medio del bosque pero en realidad es un hombre que se encuentra en dicho lugar.

Sin embargo, es necesario señalar que el error puede excluir completamente el dolo o puede no hacerlo y en el caso de que la exclusión del dolo sea total, el error es invencible, caso contrario, si el error deja subsistente el tipo objetivo del injusto de un delito imprudente es un error vencible. En consecuencia, el hecho de que el error sea vencible o invencible reviste una importancia teórica y práctica, puesto que en el primer caso la tipicidad no desaparece y en el segundo caso dicha tipicidad se excluye completamente.

Según la doctrina, el error puede consistir tanto en la *representación falsa* como en la *falta de representación*, puesto que en el error hay una desvinculación entre la conciencia y la realidad, por ende, la falta de seguridad sobre un elemento objetivo del tipo no es un error sino que más bien puede consistir en un dolo eventual o en una culpa consciente y en consecuencia, tiene un tratamiento jurídico diferente al del error.

Existen diferentes errores de tipo, como ser, **El Error sobre los elementos esenciales del tipo**, el cual puede ser **Error Invencible y Vencible**, los cuales en una próxima oportunidad tratare de desarrollar, sin respecto me parece importante hacer la salvedad, de que en el error vencible excluye el dolo pero no la culpa, en consecuencia, únicamente será un hecho típico en aquellos casos en que el delito tenga también aparejado un tipo imprudente, puesto que los tipos imprudentes son *números clausus* y están específicamente establecidos en la ley penal, como lo es, por ejemplo, el homicidio, en cuyo caso se puede aplicar un homicidio culposo. No sucede lo mismo en aquellos casos de delitos que no tienen una tipificación imprudente, como ser la violación, misma que es un tipo penal exclusivamente doloso. Así pues, puede ser típica la acción del cazador que dispara imprudentemente contra otro hombre creyendo que es un venado pero no será típica la acción del hombre que mantiene relaciones sexuales con una joven que le asegura tener dieciocho años y en realidad es menor de catorce, puesto que aún cuando un error sobre estas circunstancias puede ser vencible, no es típico el delito de violación imprudente; también encontramos dentro del error de tipo. El Error sobre los elementos accidentales del tipo, entre estos **el Error sobre elementos que agraven la pena, Error sobre elementos que disminuyen la pena.**

El Error sobre el objeto de la acción (Error in objeto vel in persona).

En este tipo de error, el sujeto yerra sobre las características y en especial sobre la identidad del objeto de la acción. En todo caso, el sujeto siempre tiene la intención de cometer el delito, es decir, el dolo, por ende, este subsiste siempre; sin embargo, siendo que el objeto del delito es una circunstancia importante, el error sobre dicho objeto tendrá trascendencia para la determinación de la pena.

El supuesto más importante de este tipo de error es el *error en persona*, según el cual se confunde a la víctima tomándola por otra persona.

¹ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General, Quinta Edición, Tecfotó, Barcelona., 1998, ps. 253.

Aberratio ictus (Error en el Golpe)

Este error suele concurrir en los delitos contra la vida y la integridad corporal. A diferencia del error en la persona, aquí no se confunde a la víctima con otra persona, sino que el autor yerra la dirección del ataque. Por ejemplo, el autor puede contar con mala puntería y en lugar de matar a B, le da muerte a C que se encontraba junto a B.

El Error de Prohibición

Como último elemento de la teoría del delito nos encontramos con la Culpabilidad, misma que posteriormente ha sido conocida como Imputación Personal, consistiendo en atribuir el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor. En tal sentido, existe completo acuerdo en la doctrina que es necesario que el autor sepa o pueda saber que su hecho se encuentra prohibido por la ley, por lo que el desconocimiento sobre este aspecto viene a constituirse en uno de los aspectos negativos de la imputación personal y da lugar al denominado error de prohibición.

El Error de Prohibición supone el desconocimiento de la prohibición de la realización del hecho, es decir, de su antijuricidad, puesto que el sujeto supone que lo que realiza no es contrario a derecho y por ende, actúa lícitamente. Este error no solo se da cuando el autor cree que actúa lícitamente sino cuando ni siquiera se plantea su licitud o ilicitud².

En tal sentido, obra en error de prohibición el sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica el bien jurídico tutelado. Dicha creencia puede provenir de varios supuestos:

- a) Error sobre la norma de prohibición. Surge cuando el sujeto obra en la creencia errada de que su acción no está prohibida por el ordenamiento jurídico.
- b) Error sobre el permiso. Surge cuando el actuar del sujeto activo está dirigida en la creencia de que la ley permite realizar cierto tipo de acciones.
- c) Error sobre el tipo permisivo. Ocurre cuando el sujeto cree falsamente que le ampara una eximente por justificación que en realidad no esta dada, en este caso nos encontramos sobre alguno de los presu-

puestos típicos de una causa de justificación, o por que concurriendo dicha causa de justificación el sujeto le otorga una amplitud tal que supone haber obra do dentro de los fueros de la norma permisiva; surgiendo también cuando el sujeto imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho que, si por el contrario, concurriesen, harían meritorio justificar el hecho.

- d) El error de prohibición culturalmente condicionado, que surge cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta y ha internalizado desde niño las pautas de esa cultura. Este error puede ser considerado invencible si la persona por su cultura y costumbres no puede comprender el acto delictuoso en su caso o determinarse de acuerdo con esa comprensión, pero en el caso de que esa posibilidad única mente se encuentre disminuida, entonces solamente procederá una atenuación de la pena.

Problemática de los errores en la Legislación Hondureña

El Código Penal que actualmente se encuentra vigente en Honduras fue publicado en el Diario Oficial La Gaceta 12-03-84, entrando en vigencia el 13-03-85. Este código ha sufrido tantas reformas y "contra reformas", que prácticamente es un código penal que podemos decir se encuentra "parchado", al grado tal, que hasta los aplicadores prácticos de dicho código tienen que estar muy pendientes sobre cual era la regulación vigente del código al momento de la comisión de un hecho determinado para realizar una aplicación adecuada del mismo, puesto que de lo contrario se podría aplicar la ley en perjuicio del imputado.

Las reformas son tantas que inclusive sería admisible la alegación de errores de prohibición pero lastimosamente éste error no tiene una regulación específica en el Código Penal, mismo que por cierto desde el inicio no ha planteado una buena sistemática con respecto a la teoría del delito a seguir.

2 Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes, Obr. Cit. ps. 401.

Efectivamente, del análisis del Código Penal, se desprende que únicamente existen tres artículos referidos al tema, los cuales no son muy amplios con respecto a la teoría que se sigue y, prácticamente, hay que hacer un gran esfuerzo de interpretación para lograr establecer el espíritu del legislador sobre este tema, tal como a continuación se exponen.

El Error de Tipo

Con respecto al error de tipo, en el Código Penal Hondureño, únicamente encontramos el artículo 20, mismo que literalmente dice: *"A quien por error o por cualquier otro accidente cometiera un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra quien haya dirigido la acción, se le imputará el delito, pero no las circunstancias agravantes que procedan del ofendido o de vínculos con éste. Las atenuantes que dimanarían del hecho si se hubiere perpetrado en daño de la otra persona, se apreciarán en su favor"*.

De esta regulación se desprende que el legislador únicamente ha regulado el *error in persona vel objeto y la aberratio ictus*, puesto que habla de "a quien por error o por cualquier otro accidente cometiera un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra quien haya dirigido su acción". Así pues, aquí se regula el error en el objeto puesto que si X tenía la intención de hurtar la cartera de Y pero se equivoca de objeto y toma la cartera de Z, la intención de X era cometer el delito de hurto en perjuicio de Y pero en realidad lo hace en perjuicio de Z. Igual caso ocurre con el error en el golpe, el cual podemos decir que en la legislación señalada se encuentra en la fórmula "o por cualquier otro accidente", implicando de esta manera un yerro en el disparo que impacta en Z y no en Y como quería el autor.

Se aprecia además de esta regulación, que el error es irrelevante porque siempre se aplica el delito cometido y no el que el autor hubiera cometido, por ende, tampoco se aplica un concurso de delitos. La irrelevancia del error se desprende también del hecho de que, según el artículo referido, no se apreciarán en contra del autor las agravantes que procedan del ofendido o de vínculos con éste, por ejemplo, es lo mismo que Pedro quiera matar a su padre José pero en realidad mata a Juan y que Pedro quiera matar a Juan pero en realidad mata a su padre, es decir,

que en ambos casos será un homicidio simple y no se apreciará el parricidio puesto que la agravante que procede del parentesco entre Pedro y su padre José no se han de tomar en cuenta.

Especial consideración merece el hecho de que las atenuantes que dimanarían del hecho si se hubiese cometido en daño de la otra persona se han de aplicar a favor del autor. De esta disposición se desprende únicamente que el legislador ha querido hacer una aplicación de la ley a favor del imputado, puesto que esos elementos accidentales del tipo referidos a las atenuantes si se aplican en el caso de error, pero es necesario aclarar que no es que el legislador regule el error sobre los elementos accidentales del tipo que disminuyen la pena, puesto que no es que el autor se encuentra en error sobre estos aspectos, sino que es únicamente una aplicación de la ley a favor del imputado.

Con respecto a los demás errores de tipo, el Código Penal guarda un completo silencio, situación que provoca grandes dificultades en la práctica, en la cual analógicamente se puede interpretar que la aplicación de cualquier error de tipo es irrelevante puesto que así lo ha establecido el legislador con respecto a los errores de tipo en el objeto y en el golpe.

El Error sobre la Concurrencia de los Presupuestos de las Causas de Justificación

Con relación al error sobre la concurrencia de los presupuestos de las causas de justificación, se encuentra en el Código Penal el artículo 25, el cual dice: *"Tampoco incurrir en responsabilidad penal: 1)..., 2)..., 3) Quien en la creencia racional de que existe una agresión injusta contra su persona reacciona contra el supuesto agresor, siempre que la agresión sea proporcionada al riesgo supuesto"*.

Es interesante señalar que este artículo se encuentra ubicado en las Causas de Inculpabilidad, situación que da a entender que el legislador ha considerado el error sobre la concurrencia de los presupuestos de las causas de justificación como un error de prohibición.

Tal apreciación se fundamenta aún más con la regulación que establece sobre las circunstancias que modifican

la responsabilidad penal, específicamente en el artículo 26 numeral 1, el cual literalmente dice: "*Son circunstancias atenuantes: 1) Las expresadas en el Título anterior, cuando no concurran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos*". Justamente el error sobre la concurrencia de los presupuestos de las causas de justificación regulada en el artículo 25, mismo que ya se ha señalado anteriormente, se encuentra comprendido en el título anterior al artículo 26.

De esto se desprende que el legislador ha considerado que este error ha de tratarse como un error de prohibición, mismo que en el caso de ser invencible exime de responsabilidad penal y que en el caso de ser vencible únicamente se ha de apreciar una atenuante genérica aunque no establece una rebaja sustancial a la pena, sino que únicamente sirve como auxiliar para establecer la pena concreta entre el mínimo y máximo ya señalado para cada tipo penal. Por ende, se desprende de esta regulación que, para el tratamiento de este tipo de error, el Código Penal sigue la teoría estricta de la culpabilidad

Con respecto a este error, estos son los únicos artículos que establecen alguna regulación sobre el mismo, siendo necesario señalar que tampoco esta es una regulación muy amplia sobre el tema, pues tal parece que el artículo 25 numeral 3 únicamente se refiere a los casos en que exista una legítima defensa putativa, misma que constituye un clásico error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación, específicamente sobre la legítima defensa. En este caso, conforme a la teoría restringida de la culpabilidad como se trata de un error que versa sobre los presupuestos objetivos de una justificante (la creencia de que existe una agresión ilegítima) se debería tratar como un error de tipo, por ende, si es invencible excluiría el dolo y la culpa, y, si fuere vencible procedería aplicar la imprudencia, solución a la que también llegaría la teoría de los elementos negativos del tipo.

Es necesario señalar además, que este artículo 25 numeral 3 deja de lado otros presupuestos de error, tal como lo sería el establecimiento de los límites de las causas de justificación y cuando el autor cree racionalmente que se encuentra amparado en una legítima defensa que

en realidad no está regulada por la ley.

El Error de Prohibición

Si con respecto al error de tipo y al error sobre la concurrencia de los presupuestos de las causas de justificación es escasa, con relación al error de prohibición la regulación es prácticamente nula, es decir, ninguna.

Efectivamente, no existe en el Código Penal ningún artículo que haga referencia al error de prohibición, razones por las cuales los juristas han de hacer una interpretación analógica sobre la aplicación de este error.

Cabe señalar, que el artículo 6 del Código Civil, establece: "*No podrá alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona, después del plazo común o especial, sino cuando por algún accidente hayan sido interrumpidas durante dicho plazo, las comunicaciones ordinarias entre el lugar de la residencia del Gobierno y el departamento en que debe regir. En este caso dejará de correr el plazo por el tiempo que dure la incomunicación*".

De esta disposición se desprende que el error de prohibición no debe ser relevante en ningún caso (error iuris nocet), rigiendo en consecuencia el principio jurídico *Ignorantia iuris non excusa*, mediante el cual nadie puede alegar ignorancia de la ley. En consecuencia, en aplicación de lo preceptuado por el Código Civil, esta puede ser una interpretación que se realice para la aplicabilidad o no del error de prohibición, sin embargo, a esta interpretación cabe hacerle algunos señalamientos, como ser: a) El Código Civil data de mil novecientos seis, es decir, de hace casi un siglo cuando todavía se encontraba vigente la teoría causalista del delito, por ende, esta regulación no está en consenso con los tiempos actuales y tampoco con el Código Penal vigente; b) El Código Penal vigente, ni siquiera en sus disposiciones transitorias remite al Código Civil, por lo que no necesariamente ha de entenderse que las disposiciones del Código Civil se apliquen supletoriamente en el área penal; c) Realizar una interpretación de considerar la irrelevancia del error de prohibición por aplicación analógica de lo que establece el Código Civil, sería la interpretación y aplicación analógica en contra de lo que más favorezca al imputado, puesto que tampoco es cierto que las leyes hondureñas sean conocidas por todos, pues podría ocurrir

que un extranjero realice en Honduras un comportamiento que en su país es permitido, pero que en Honduras está prohibido e inclusive, el contenido de elementos normativos en el tipo y la frecuente remisión a otras disposiciones (leyes penales en blanco), así como las continuas reformas al Código Penal, imposibilitan, en muchos casos, el conocimiento oportuno y cabal del contenido de la ley penal y ocasionan, no pocas veces, equívocos en la apreciación del injusto, como podría suceder, por ejemplo, en el caso de un indígena Tawanka que reside en la Mosquitia, quien aún siendo hondureño tiene poco acceso a la legislación hondureña.

A fin de eludir estas críticas que se le hacen a la tesis de aplicar analógicamente la disposición del Código Civil que establece la irrelevancia del error de prohibición, parece ser mejor una aplicación analógica de lo que establecen los artículos 25 y 26 del Código Penal arriba señalados. En tal sentido, si el legislador considera que se ha de aplicar el error de prohibición cuando existe un error sobre los presupuestos de una causa de justificación, no parece ilógico considerar que el espíritu del legislador es el de considerar que el error de prohibición ha de tener el tratamiento que propone la teoría estricta de la culpabilidad, es decir, que si el error es invencible procede la impunidad y si el error es vencible procede la atenuación de la pena por la aplicación de una atenuante genérica. Por supuesto, estas son situaciones que han de ser analizadas en cada caso concreto.

En resumen cabe decir, que todos estos inconvenientes de interpretación sobre la aplicabilidad del error de prohibición no existirían si el legislador no hubiese dejado una laguna jurídica al respecto, e igual situación ocurre con error de tipo y el error sobre la concurrencia de los presupuestos de las causas de justificación, situaciones que se solventarían con una buena regulación sobre el tema.

El contenido del Ante-Proyecto de Código Penal sobre el tema.

Es conocida la necesidad que en Honduras existe, de contar con un Código Penal actualizado y coherente en sus disposiciones, de tal manera que se solventen diversas situaciones que aparecen en la práctica y dificultan la labor que desempeñan los aplicadores de justicia. Debido

a ello, la Corte Suprema de Justicia, con el apoyo de la comunidad internacional, se ha dado a la labor de desarrollar un proyecto de Código Penal, mismo que ha sido revisado por juristas nacionales e internacionales.

Los proyectistas plantean que en el proyecto elaborado no se ha seguido ninguna escuela determinada, evadiéndose toda discusión de carácter doctrinario, sin embargo, es necesario señalar que justamente la toma de posición con respecto a una doctrina en específico determina consecuencias jurídicas, por ende, si sería necesario una toma de posición con respecto a una teoría específica, al menos en lo que a la teoría del delito se refiere.

El Error de Tipo en el Proyecto del Código Penal.

El proyecto realiza un avance significativo en lo que al error de tipo se refiere ya que a diferencia del actual código, establece en un artículo una disposición más amplia con respecto al mismo, lo cual se desprende del artículo 41 de dicho proyecto, el cual literalmente dice: **"Artículo 41.- Causa que excluye la tipicidad** (error de tipo).- Existe error de tipo cuando el agente desconozca o aprecie erróneamente una circunstancia constitutiva del comportamiento descrito como prohibido o mandado. Cuando el error de tipo fuera invencible se excluirá tanto el dolo como la culpa. Cuando el error fuera vencible, se excluirá el dolo pero se mantendrá la posibilidad de atribución del hecho como culposo, siempre y cuando esté expresamente previsto como tal. Cuando el error recaiga sobre una circunstancia que agrava la calificación del delito, éste impedirá su apreciación típica".

De la disposición anterior se desprende que, básicamente, se establece que si el error que recae sobre los elementos del tipo es invencible se excluye tanto el dolo como la culpa, y, si es vencible se excluye solamente el dolo, sancionándose la culpa en los casos que el Código lo establece expresamente, lo cual es lógico puesto que los delitos culposos son expresamente establecidos en la ley. Asimismo, se prevé que si el error que recaiga sobre una circunstancia que agrava la calificación del delito, ésta no será tomada en cuenta, es decir, que este error lo considera irrelevante.

Esta es la única disposición del proyecto que se refiere

al error de tipo, ahora bien, es necesario analizar, si esta única disposición es suficiente para cubrir todos los posibles errores que establece la doctrina y que, no está demás señalar, no son puros inventos de los doctrinarios sino que han sido tomados de la realidad, la cual, en muchas ocasiones, supera a la imaginación. Analizaremos pues, cada uno de los errores estudiados y trataremos de subsumirlos en la norma penal proyectada.

Error Sobre los Elementos Esenciales del Tipo.

Del artículo 41 antes descrito, se desprende que efectivamente este tipo de error ha sido regulado, puesto que el mismo establece que concurre el error "*cuando el agente desconozca o aprecie erróneamente una circunstancia constitutiva del comportamiento descrito como prohibido o mandado*". De la disposición "*aprecie erróneamente*", se desprende claramente que se trata de un error de tipo, puesto que éste consiste precisamente en la apreciación errónea de alguna circunstancia referida en el tipo penal, por ejemplo, la mujer que toma una cartera creyendo que es la suya cuando en realidad pertenece a otra persona, está apreciando erróneamente una circunstancia del tipo penal de hurto, puesto que éste requiere que se tome una cosa de ajena pertenencia.

Ahora bien, cuando los proyectistas utilizan la palabra "*desconozca*" ¿no se están refiriendo con esta palabra a un error de prohibición? Justamente el error de prohibición consiste en el desconocimiento de que un hecho sea antijurídico, en tal sentido, si X desconoce que tomar una cartera que no es suya está penado por la ley, no se encontrará ante un error de tipo, sino ante un error de prohibición. La utilización de la palabra desconozca, no parece adecuada, puesto que da lugar a problemas de interpretación, ya que de la simple lectura de la disposición se desprende que el autor ha de desconocer o apreciar erróneamente una circunstancia del tipo penal, es decir, que da lugar a que se lea desconozca una circunstancia constitutiva del comportamiento descrito como prohibido o mandada, por ende, se puede interpretar también que se trate de un error de prohibición. Por supuesto, a esto se le puede objetar que en este caso, la disposición claramente se refiere al error de tipo, lo cual no es discutible, sin embargo, la utilización de una palabra que también es utilizada en el error de prohibición es una

situación que, en la práctica, puede generar problemas y justamente cuando se realiza un proyecto de código penal, lo que se pretende es elaborar un documento que minimice los problemas de interpretación.

El proyecto se pronuncia claramente sobre la invencibilidad y vencibilidad del error y con respecto al mismo establece los lineamientos generales de la doctrina al estimar que la invencibilidad excluye el dolo y la culpa, por ende, procede la exclusión del tipo penal, la vencibilidad excluirá el dolo pero no la culpa, por lo que se castigará el delito como culposo si dicho delito está establecido en la ley como tal.

Ahora bien, con respecto a este tema, la disposición del proyecto se queda corta puesto que no establece cuando se ha de considerar la invencibilidad o vencibilidad del error. Esta situación también genera problemas de interpretación puesto que es el juzgador el que ha de establecer, de acuerdo a su mejor criterio, cuando un error es invencible o cuando es vencible, situaciones que no surgirían si el legislador estableciera criterios, al menos generales, sobre el tema.

Error sobre los elementos accidentales del tipo.

El error sobre los elementos accidentales del tipo se encuentra regulado en el proyecto, puesto que el artículo 41 establece: "*Cuando el error recaiga sobre una circunstancia que agrava la calificación del delito, éste impedirá su apreciación típica*". De esta disposición se desprende que se regula el error sobre elementos accidentales que agravan el tipo penal y que considera irrelevante este error puesto que no se ha de aplicar la agravante, siguiéndose, de esta manera, la doctrina general sobre el tema.

Ahora bien ¿qué sucede con el error sobre elementos accidentales que disminuyen la pena? Al parecer, el proyecto no contempla este tipo de error, puesto que claramente se refiere a las circunstancias agravantes y no a las atenuantes, dejándose de esta manera un vacío en la legislación, aunque algunos aplicadores de justicia podrían realizar una interpretación analógica con lo establecido sobre el error en las agravantes y considerar que no se aplican las atenuantes, interpretación que por supuesto se

realiza en perjuicio del reo, siendo pues necesario que el proyecto establezca claramente la situación sobre este error.

Error sobre el objeto de la acción (error in persona vel in objeto).

Como ya hemos dicho, en este tipo de error, el sujeto yerra sobre las características y en especial sobre la identidad del objeto de la acción. ¿Es posible establecer que en la disposición que regula el artículo 41 del proyecto, se regula el error de tipo en la persona o en el objeto?

En este caso parece mucho más amplia la disposición del Código Penal vigente puesto que éste si regula expresamente el error en la persona. Para determinar si el proyecto del Código regula este error de tipo, hemos de analizar la disposición del artículo 41, misma que dice: *"existe error de tipo cuando el agente desconozca o aprecie erróneamente una circunstancia constitutiva del comportamiento descrito como prohibido o mandado"*.

De la simple lectura de esta disposición, no se aprecia que se regule específicamente el error en la persona o en el objeto, sin embargo, sin consideramos que la persona o el objeto del delito es un elemento esencial del tipo penal, este error si está regulado en el proyecto. Efectivamente, si X considera que le dispara a un venado cuando en realidad le dispara un hombre, yerra en el objeto del delito y de igual manera, si X quiere matar a Pedro pero le dispara a Juan creyendo que es Pedro, también está equivocándose en el objeto.

Pero la disposición mencionada, no solo genera un problemática con respecto al hecho de interpretar si está regulado o no el error en la persona o en el objeto, sino que además deja de lado los efectos de ese error en la persona, limitándose únicamente a señalar si es vencible o invencible, pero no establece si es relevante o irrelevante, puesto que una cosa es que un error sea vencible o invencible ya que esto es una circunstancia que depende del autor y otra muy distinta es que sea relevante o irrelevante, puesto que estas son consecuencias jurídicas ajenas al autor. Así pues, ¿qué sucedería si X quiere matar a su padre Pedro pero por un error dispara sobre Juan creyendo que es Pedro? ¿Se va a condenar a X por un delito de Parricidio en su grado de tentativa en concurso con

un homicidio culposo? O, ¿únicamente se aplicará el homicidio culposo si el error es vencible y se procederá a la impunidad si es invencible? Por supuesto, en este caso se puede considerar la aplicación de una tentativa inidónea porque la acción recayó sobre un objeto impropio, siempre y cuando la tentativa inidónea estuviera regulada en el proyecto del Código Penal, tal como efectivamente sucede en el artículo 21³ de dicho proyecto, sin embargo, esto también tiene consecuencias jurídicas puesto que en la tentativa inidónea siempre se puede imponer la pena rebajada en dos tercios, según se establece en el proyecto del Código Penal.

En todo caso, esta situación es también un problema de interpretación que se debería tomar en cuenta en el proyecto, para evitar problemas posteriores en la aplicación de la legislación.

Error sobre el curso causal.

El error en el curso causal aparentemente no está regulado en el Proyecto del Código Penal, a menos que, después de una interpretación, se estime que se puede desprender del artículo 41 ya estudiado.

Sin embargo, es necesario señalar que dicho artículo refiere: *"existe error de tipo cuando el agente desconozca o aprecie erróneamente una circunstancia constitutiva del comportamiento descrito como prohibido o mandado"*. Las palabras *una circunstancia*, indican que se refiere a un elemento del tipo penal, como por ejemplo, dar muerte, pero esa *circunstancia* no necesariamente se refiere al curso causal, puesto que éste entra dentro del ámbito del plan del autor, es decir, de qué manera el autor deseaba dar muerte, puesto que el autor bien puede haber planeado dar muerte con cianuro o con arsénico, o por el contrario, pretende dar muerte con un golpe pero lo hace por ahogamiento (siendo estos casos concretos de dolus generalis y consumación anticipada). Igualmente hay que

3 Artículo 21.- Tentativa Inidónea o Delito Imposible.- Si la tentativa se efectuare con medios inadecuados o sobre objetos impropios podrá declararse no punible o rebajarse en dos tercios la pena del delito consumado según el grado de peligrosidad revelado por el acto. Proyecto del Código Penal.

tomar en consideración las consecuencias jurídicas que genera el hecho de que el autor considera que ha dado muerte a su víctima y la deja malherida pero ésta víctima en realidad es rematada por un tercero que llega al lugar, o cuando la víctima muere por una circunstancia ajena al plan del autor, como lo es en un accidente sufrido por la ambulancia que lo traslada al hospital. Todas estas situaciones parece que no son comprendidas en el proyecto del Código, lo cual genera un vacío jurídico que debería ser llenado.

Error en el Golpe (Aberratio Ictus).

Como hemos expuesto, en el error en el golpe, el autor no se equivoca en cuanto al objeto del delito, sino que yerra en su trayectoria. Al igual que el error en persona, la regulación sobre el error en el golpe es necesario desprenderla de la fórmula que sigue el artículo 41, el cual dice: *"existe error de tipo cuando el agente desconozca o aprecie erróneamente una circunstancia constitutiva del comportamiento descrito como prohibido o mandado"*.

¿Podemos considerar que la trayectoria del disparo con el que se pretende dar muerte es una circunstancia constitutiva del comportamiento descrito como prohibido o mandado? Esta es una situación sujeta a discusión y parece que es más posible desprender el error en el golpe del artículo 20 del actual código penal vigente que del artículo 41 del proyecto del Código, puesto que el artículo 20 establece la fórmula *"a quien por error o por cualquier otro accidente"* y al establecer esa frase de por cualquier otro accidente parece subsumir el error de tipo puesto que el yerro en la trayectoria en el disparo puede ser considerado como un accidente ajeno al autor, lo cual también es objeto de discusión y cada uno de nosotros deberá tomar una decisión en el caso concreto..

En conclusión hemos de decir, que el artículo 41 del proyecto del Código Penal, aunque contempla claramente el error sobre los elementos esenciales del tipo, sobre las circunstancias agravantes y podría desprenderse mediante una interpretación que regula también el error en el objeto y en el golpe, no parece ser la regulación idónea para enmarcar todos las clases de errores de tipo existentes.

Es importante resaltar que en este proyecto está regulando claramente la tentativa inidónea, misma que aún cuando no ha sido objeto de análisis anteriormente constituye un error de tipo al revés puesto que el autor pretende realizar su acción utilizando medios inadecuados, por ejemplo, envenenar con azúcar, o sobre objetos improprios como ser sobre un enorme peluche que se encuentra en una cama y que el autor considera que es Juan. Aún cuando la tentativa inidónea ya está regulada en el Código Penal Vigente, el proyecto viene a definir una rebaja concreta de la pena y ya no deja la atenuación de la misma al libre arbitrio del legislador tal como lo hace el Código Penal actual.

El Error sobre los Presupuestos de las Causas de Justificación en el Proyecto del Código Penal.

De una lectura al proyecto del Código Penal, se puede concluir que si en el Código Penal vigente se podría hacer una interpretación sobre la existencia de una regulación del error sobre los presupuestos de las causas de justificación, en el proyecto del Código Penal dicha regulación prácticamente no existe.

Efectivamente, no existe ningún artículo que se refiera a este error, dejando de esta manera un vacío en una legislación que pretende brindar mejores soluciones a los problemas que, en la práctica y en la teoría, enfrentan los juristas hondureños.

Este vacío deja problemas de interpretación, puesto que algún jurista podría considerar que este error se ha de considerar como un error de prohibición, mientras que otro podría considerar que es un error de tipo, dependiendo de la teoría que cada uno siga, situación que, como ya hemos visto anteriormente, genera consecuencias jurídicas diferentes. El planteamiento de estos aspectos en el proyecto, define líneas de política criminal que, a nuestro parecer, son fundamentales para entender todo el proyecto en su totalidad.

Este pequeño aporte lo hago con la intención que entremos en una mesa de discusión de altura y respeto y que pueda ayudarnos a mejorar en nuestro quehacer diario, espero también en un próximo artículo, concluir los temas que aquí he dejado en el aire y sobre todo proponer un proyecto sobre los errores en el anteproyecto del código penal, con la finalidad que juntos lo podamos mejorar.

El Conflicto de Algunos Ilícitos Penales con el Principio de Culpabilidad.

Por: Miriam Barahona

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. 1. El principio de culpabilidad como límite político criminal del <<ius puniendi>>. III. DELITOS EN CONFLICTO CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. 1. Delitos Presuntos o de sospecha. 2. Delitos cualificados por el resultado.

I. INTRODUCCION

Junto al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* rigen en nuestro ordenamiento jurídico el principio de culpabilidad y como consecuencia de éste último la prohibición de los delitos de sospecha y los cualificados por el resultado, asimismo surgen otras prohibiciones que no serán dilucidadas en la elaboración que a continuación se presenta, debido a que su estudio requiere una mayor extensión.

El objeto del presente trabajo se plantea a partir de la posible estructuración de un nuevo Código Penal, contemplando la posibilidad de que estas ideas sean tomadas en consideración para evitar que se siga soslayando el principio de culpabilidad en nuestro ordenamiento penal, lo anterior implica en sí mismo la necesidad de importantes reformas.

La hipótesis de partida es la consagración del artículo 89 de nuestra Constitución del principio de presunción de inocencia. Dicho principio establece el trato y la consideración como no autor o no partícipe de un hecho punible hasta la declaratoria de culpabilidad por el órgano jurisdiccional competente. El principio de culpabilidad supone, por tanto, la imposibilidad de atribuir responsabilidad por hechos respecto a los que no exista *dolo* ni *culpa* del autor, pero previamente probados en cuanto a su imputación objetiva.

El principio de culpabilidad representa un límite frente al legislador. En virtud de ese límite, no se podrán crear preceptos penales que establezcan una responsabilidad en hechos presuntos o en una mera responsabilidad objetiva en la construcción del ilícito penal.

Asimismo expondré como ciertos preceptos de nuestra legislación penal conculcan el principio de culpabilidad

y por lo tanto como propuesta de *lege ferenda* deben ser objeto de reforma.

II. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad que se expresa con la fórmula latina *nullum crimen sine culpa*, es un axioma indiscutido en nuestro país y uno de los pilares esenciales del Derecho moderno, y es considerado actualmente por la doctrina penal mayoritaria como rector y límite de cualquier política criminal.

El principio de culpabilidad ha sido desarrollado por la doctrina alemana y sobre el análisis de su evolución jurídica en este siglo, dando inicio a una producción científica que es imposible resumir aquí. Pero el término culpabilidad, tal y como lo conocemos, tiene un doble sentido: por un lado, se concibe la culpabilidad como una categoría o elemento de la teoría del delito que permite aplicar una pena al autor de un hecho tipificado en la ley penal que no se encuentre amparado por una causa de justificación, y por otro, se habla de la culpabilidad como un principio supremo de política criminal, de buena política criminal, que inspira o debe inspirar la intervención del poder punitivo del estado.¹ En este trabajo solo nos referiremos al segundo de los sentidos: el principio de culpabilidad como límite político criminal del *ius puniendi*.

¹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 7.ª ed., Barcelona, 2004, pp. 132-135.

1. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO LÍMITE POLÍTICO CRIMINAL DEL <<IUS PUNIENDI>>

En el Derecho positivo hondureño, no existe una proclamación expresa del principio de culpabilidad en la Constitución pudiendo verse éste en el Código Penal vigente en su artículo 13 en el sentido de responsabilidad o atribuibilidad por un hecho ya sea a título de dolo o culpa.

Siguiendo a **ARROYO ZAPATERO**, hay que entender por principio de culpabilidad: por una parte, la exigencia de atribuibilidad personal del hecho a su autor en el sentido de limitar la responsabilidad objetiva y las presunciones de imputación; y por otra parte, la necesidad de una categoría en el concepto técnico de delito a la que se reconduzcan- como presupuesto de la dirección de la norma y de la aplicación de la pena- la exigencia de que el sujeto sea capaz de resultar normalmente motivable por la norma, y de que conozca o pueda conocer la anti-juricidad de su conducta.²

El principio de culpabilidad como lo contrario a la mera responsabilidad por el resultado impide la atribución de un hecho punible a su autor por un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado a título de dolo o culpa o a una combinación de ambas. El principio cumple, al menos, cuatro cometidos esenciales:³

1. *Posibilitar la imputación subjetiva.* En el sentido de que las personas producen y pueden dirigir resultados en el mundo externo. Por ello, el Derecho penal debe partir del dogma del hecho, de tal modo que no cabe la tipificación como delito de otra cosa que no sean conductas objetivamente perceptibles y, por ello, está vetada la sanción penal de formas de vida o comportamientos pre-delictuales o simples manifestaciones del pensamiento que componen la amenaza contra los denominados <<tipos de autor>>, así como los delitos que implican una presunción de un resultado.

2. *Excluir la responsabilidad por el resultado.* Constituye la diferencia de los modos de causación afirmando que el culpable de una lesión sólo puede ser quien por lo menos hubiera podido gobernar el acontecer lesi-

vo. Una responsabilidad por el mero azar es contraria a la imagen del hombre y a los criterios de justicia que entre nosotros hacen perceptibles desde hace siglos las diferencias en las relaciones del hombre con su mundo circundante, y no sólo que registran esas diferencias, sino que también las valoran. Por lo que se debe desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva en todas sus manifestaciones.

3. *Diferenciar grados de participación interna.* Como necesaria consecuencia de lo anterior, deben diferenciarse y valorarse grados de responsabilidad que va desde la culpa hasta el dolo en sus diversas manifestaciones.

4. *Sirve como estudio de medición de la pena.* Correspondiendo de esta manera con el principio de proporcionalidad de la pena en el sentido de determinar criterios para establecer una sanción equitativa y justa para el delincuente. Hoy se admite generalmente- como señala MIR- que la pena del delito doloso debe ser mayor que la del delito imprudente, y ni siquiera concurre imprudencia, cuando el sujeto no pudo prever ni evitar el hecho, por lo que, no cabe imponer pena alguna.⁴

III. DELITOS EN CONFLICTO CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

La consideración de la culpabilidad como elemento del delito implica la afirmación de que sin ella no puede imponerse pena. La culpabilidad es condición indispensable, previa a la pena, y fundamenta en el caso concreto el reproche del injusto. Pero las afirmaciones del principio de culpabilidad no impiden que la legislación incurra en flagrantes negaciones al mismo. Negación de este principio son los delitos cualificados por el resultado y

2 ARROYO ZAPATERO, <<Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución>>, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987, pp. 105-106.

3 Sobre las conquistas más importantes del principio de culpabilidad, vid. ROXIN, <<Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal>>, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, pp. 671 y ss.

4 MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Barcelona, 1982, pp. 64 y ss.

los llamados delitos presuntos o de sospecha, en los que se centrara nuestro posterior estudio.

1. DELITOS PRESUNTOS O DE SOSPECHA

Para RODRIGUEZ DEVESA, se denominan delitos de sospecha aquellos en los que, a falta de prueba de culpabilidad del sujeto, se establece una presunción *iuris et de iure*, para determinados supuestos, de haber causado el resultado más grave que determina, a su vez, la imposición de una pena más severa.⁵ El atenerse a la sospecha de un hecho doloso *infringe* de modo evidente el principio de culpabilidad⁶

A continuación desarrollare algunos delitos presuntos o de sospecha claramente identificables en nuestra legislación penal en dos modalidades: Presunción de destino útiles para el robo y la Presunción de homicidio.

Presunción de destino de útiles para el Robo

El artículo 221 del Código Penal, impone al imputado el peso de la prueba sobre la adquisición o conservación de dichos objetos, el referido adelanta la barrera de protección hasta castigar lo que no es sino sospecha, por lo que no se puede negar que estamos ante la presencia de un delito de presunción en el que se recela la sospecha de un destino ulterior de naturaleza delictiva. La tenencia o fabricación de ciertos útiles, especialmente destinados para ejecutar un robo, entraña un riesgo tan escaso para el bien jurídico afectado que no es precisa la reacción penal; pero es que además, con su conservación se ésta vulnerando no solo el principio de intervención mínima ya que no hay lesión ni peligro de algún interés, pero presume la futura comisión del delito, sino que también el principio de culpabilidad. Es difícil la razón de la punibilidad como ser la tenencia de útiles para el robo, pues en ese caso habría que penalizar igualmente al que tiene en su poder un talón de cheques sin disponer de fondos en su cuenta para hacer frente a su pago.

Presunción de Homicidio

Precepto 150 del Código Penal, podría verse como un delito de sospecha, en el que se presume la muerte de la víctima por parte del autor del Rapto, ya que no exige

prueba objetiva de que se realice el resultado muerte sino que lo presume y por ende, agrava la pena del ilícito penal. Más sin embargo al respecto el Tribunal Supremo de España precisamente en su sentencia de 25 de junio de 1990 (Ponente, señor Ruiz Vadillo) a razón del recurso interpuesto contra sentencia de la Audiencia provincial de Madrid de fecha 3 de septiembre de 1988 (caso <<el Nani>>), apreció que "...la desaparición de la persona que se encuentra bajo el dominio de quien la privó de su libertad aumenta de relieve una posición especial que la doctrina identifica como de garante, en el sentido de que a partir de ese momento responde no sólo de la legalidad de la sustracción de su libertad, sino también del hecho de no devolverle su libertad". Mi criterio es, si bien es cierto que la anterior es una interpretación coherente y satisfactoria, no deja de infringir la redacción del tipo el principio de culpabilidad al presumir un resultado que pudo ser no causado por el agente.

2. DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO

Los delitos cualificados por el resultado son delitos dolosos sometidos a un marco penal especial, cuya comisión puede traer consigo un ulterior resultado más grave que el que se quería producir.⁷

Nuestra legislación penal contempla los siguientes ilícitos penales:

Código Penal, Capítulo III artículos 133 al 136, en los que se construye el delito en base al resultado producido, claro es que un ataque en contra del cuerpo humano con lo impredecible que es el resultado que se puede producir en éste, en la generalidad de supuestos no coincidirá-

⁵ RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 13.ª ed., Madrid, 1990, p. 444.

⁶ Cfr. DORNSEIFER

⁷ ROXIN, Derecho penal. Parte general. Tomo I, Traducción 2.ª ed. Alemana por LUZON PEÑA, DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, VICENTE REMESAL, reimpresión 2003, p. 330.

con el que realmente se quiere producir. Lo impredecible del resultado genera el no poder gobernar el acontecer lesivo por lo que también infringe el principio de culpabilidad.

El artículo 26 párrafo último de la Ley Sobre Uso Indebido y Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas penaliza solo la responsabilidad objetiva (entendiéndose la misma por posesión de la droga la cantidad que exceda el consumo inmediato la considera Tráfico), haciendo caso omiso, con ostensible infracción a la técnica legislativa, a la **RESPONSABILIDAD**

SUBJETIVA (el cual esta comprendido ya sea por dolo o culpa, sin verificar si el participe en el delito tuvo o no intención de su acción u omisión que se le atribuye), constituyendo la segunda, parte integrante y fundamental en un delito como ser la existencia del principio de culpabilidad, dicho esto porque hace una remisión directa al Delito de Tráfico establecido en el artículo 18 de esa misma Ley, por la sola posesión de una cantidad ya sea un poco superior o similar a la considerada para el consumo personal inmediato y, al imponer una pena tan gravosa, dejando por fuera la posibilidad de considerar un consumo mediato.

Escribe en la Revista JUSTICIA

Los Temas a incluir pueden ser de cualquier materia de la ciencia del derecho y de otras disciplinas relacionadas con la Justicia y los Derechos Humanos

Requisitos de los trabajos

- *Extención máxima de 20 a 25 cuartillas o páginas en trabajos de doctrina, y de 10 a 15 en otros artículos o ensayos.*
- *Las páginas deben de ser de 25 líneas*
- *Las citas a pie de página*
- *Deben acompañarse de índice y bibliografía*
- *Deben acompañarse con un resumen sobre el contenido de 15 líneas.*
- *Enviar los trabajos en archivo adjunto, formato Word.*
- *Los trabajos se envían a: Consejo de Redacción de la Revista JUSTICIA*
E-mail: cejhonduras@gmail.com

Apertura del Recurso de Casación Penal

Autor: Abogado Jorge Alberto Burgos Córdova, Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras y Juez de Tribunal de Sentencia de Tegucigalpa, en funciones de asistente de Magistrado de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

NECESIDAD QUE HONDURAS DE PASOS CONCRETOS PARA EL ALCANCE DE UNA EFECTIVA "APERTURA DEL RECURSO DE CASACION PENAL" COMO UNICO REMEDIO CONTRA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUICIO Y GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, QUE CONSIGNA DENTRO DE LAS GARANTIAS JUDICIALES MINIMAS: "EL DERECHO A RECURRIR LA SENTENCIA ANTE UN TRIBUNAL SUPERIOR".

El Sistema Procesal Penal asumido por Honduras a partir del 20 de febrero del 2002 ha rodeado de mayores garantías el sistema de enjuiciamiento criminal. Una de las ventajas del nuevo sistema lo constituye precisamente el hecho de que "el juicio" o debate oral y público, es conocido por un tribunal colegiado, integrado por tres jueces profesionales, en lugar del tradicional Juzgado unipersonal. Con esta medida el legislador ha pretendido reducir al máximo la duración de los procesos penales y la probabilidad de "error judicial". El Tribunal de Juicio, por la "inmediación", tanto con los medios de prueba, como con los alegatos de las partes, es el órgano jurisdiccional al que corresponde cumplir la misión constitucional de "Juzgar y Ejecutar lo Juzgado" debiendo resolver en la sentencia aspectos de hecho, vinculados a la admisión y valoración de prueba y aspectos de derecho, en la aplicación correcta de la normativa penal sustantiva. Este es un sistema de "única instancia", en que el recurso de casación penal es el único "remedio procesal" posible contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio. Acudir ante la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en Recurso de Casación, no es considerado como

una "nueva instancia", tal como sí lo era antes el Recurso de Apelación, -órgano que conocía, de acuerdo al sistema inquisitivo, de las apelaciones contra sentencias dictadas por el Juez penal y que resolvía sobre las actuaciones escritas incorporadas al expediente judicial sobre aspectos de hecho y de derecho, a pesar de no tener "inmediación", -pues la finalidad "política y filosófica" de la Casación Penal como medio "extraordinario" de impugnación, ha sido tradicionalmente garantizar la "debida aplicación del derecho penal al caso concreto", es decir, únicamente adecuar las diversas interpretaciones a la ley penal vertidas por Jueces y Tribunales Penales en sus sentencias a la Doctrina legal formada en Sala Penal mediante la continua producción Jurisprudencial del alto Tribunal de Justicia, como órgano unificador del derecho. Esta función unificadora del derecho realizada por la Corte Suprema de Justicia, en sus pronunciamientos de casación penal, ha perseguido implantar una auténtica "seguridad jurídica" al sistema judicial, condición necesaria para que los Jueces, Magistrados, operadores de justicia y demás usuarios del sistema, adecuen sus actuación y estrategia procesal. Lo anterior, sin embargo, no impide que la doctrina legal de la Corte pueda eventualmente ser revisada y armonizada para ponerla a tono con variables circunstancias en que pueda encontrarse inmersa la sociedad hondureña en general.

Tradicionalmente las técnicas de casación penal han sido reservadas a pocos "eruditos", profesionales del derecho que por su conocimiento de la técnica del recurso y experiencia han evitado poner al descubierto sus "secretos" celosamente guardados y poco compartidos con colegas y estudiante de la carrera de derecho, con lo que han logrado cumplir los rituales y formalismos, que

para la mayoría se han convertido en verdaderos obstáculos infranqueables para el ejercicio de un efectivo derecho a un recurso a favor de sus representados. La realización de la "justicia material" tendiente a enmendar una sentencia injusta o la indebida apreciación judicial se ha visto seriamente limitada, pues por lo general se ha dado mayor importancia a la observancia de las formalidades que restringen la admisibilidad del recurso que al conocimiento y resolución de los defectos de fondo o de forma de la sentencia recurrida. Sobre lo anterior, el Artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, dispone sobre las "garantías judiciales mínimas" que "toda persona tiene el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole". En el Artículo 8.2.h. regula el "derecho al recurso" e indica: "8.2. "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h. Derecho de recurrir el fallo ante Juez o Tribunal superior". Esta disposición, vinculante para Honduras, como Estado parte de la convención, como se infiere y ha sido declarado por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos no establece un derecho a la "doble instancia", sino el derecho del acusado a recurrir una sentencia condenatoria ante un tribunal de jerarquía superior, mediante el ejercicio de un "recurso efectivo", tendiente a la realización de una "revisión completa e integral" de la sentencia recurrida dictada por el Juez o Tribunal inferior, en la que el recurrente alega se ha incurrido vicios que han provocado una grave injusticia. En esta línea de pensamiento y para que el Recurso de Casación, logre ser un efectivo remedio procesal para el ejercicio del "derecho a recurso", único

remedio procesal contra la sentencia del tribunal de juicio, se requiere que el Estado de Honduras tome las medidas legislativas, judiciales y/o administrativas a que haya lugar y se deroguen o modifiquen las normas que impongan al recurrente formalidades innecesarias y/o excesivas que limiten el "acceso al recurso", y que a nivel del más alto tribunal de justicia de Honduras, por vía de interpretación, se continúe de manera sostenida con el proceso ya iniciado, tendiente a "lograr una mayor flexibilidad" en la aplicación de las disposiciones procesales y prácticas inveteradas que an regulado por mucho tiempo el recurso de casación y que hasta ahora han impuesto tantas limitantes, dificultades que han hecho muy difícil o hasta imposible el "acceso al recurso", tanto para su resolución de admisibilidad, como para la de procedencia, de manera que la Sala de lo Penal, pase por alto defectos formales que conlleven a declarar la inadmisibilidad del recurso por defectos no esenciales, que a su vez puedan subsanarse de oficio. La corriente doctrinal que sostiene la necesidad de lograr la verdadera "apertura del recurso de casación penal", va más allá y sostiene que el tribunal de casación debe poder modificar los hechos declarados probados, recibir y valorar prueba, en la medida en que se matice el concepto dogmático y exigencia de "inmediación" por medios indirectos de los alegatos y de la prueba incorporada al juicio y podamos valorarla, siempre que resulte de la sentencia recurrida y sea respaldada por algún medio tecnológicos confiable, lo que es factible en la actualidad, pues bien se podrían grabar en cintas de video los juicios. El sistema de grabación audio visual mediante la colocación de varias cámaras en las Sala de Juicio, en discos DVD está demostrando en otros países, con idiosincrasia parecida a la nuestra, como lo es la Costarricense, que puede ser una alternativa moderna bastante confiable para acercar los actos del juicio a los Jueces de Casación Penal, con lo que la casación se convertiría por así decirlo en un verdadero y efectivo recurso y con ello Honduras cumpliría con las exigencias de la normativa internacional.

Actualidad "de los Delitos y de las Penas"

Por: Rafael López Murcia

"Robert Damiens hirió a Luis XV con un cuchillo con intención de matarle. Apresado en el acto, fue juzgado y condenado a muerte. Sus contemporáneos nos han descrito su ejecución: el 28 de marzo de 1757 se le leyó la sentencia, que escuchó atentamente, y al terminar exclamó: 'La jornada será dura'. Con estas palabras comienza Juan Antonio Delval la introducción a la obra *"De los delitos y de las penas"*, obra fundacional del derecho penal moderno, escrita por Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, en el Año del Señor de 1764.

A continuación narra el suplicio - ordinario y extraordinario - a que se sometió a Robert Damiens, aconsejado por los médicos como "el más terrible y el menos peligroso de los tormentos", y el cual sintéticamente puede plantearse así: aplicación de la "Pena de los borceguíes" (que consiste en sujetar fuertemente las piernas del reo entre cuatro tablas e introducir cuñas a martillazos de forma que los huesos saltaran por la presión).

Después de ello, y de que jurara el acusado que no había en su crimen ni complot ni cómplices, fue conducido a la plaza pública, tendido en el cadalso y sujetado fuertemente con aros de hierro atornillados a las tablas. En su mano derecha se le colocó la pieza de evidencia y se le quemó con azufre. Se le arrancó la carne de las partes más carnosas del cuerpo con unas tenazas calentadas al rojo vivo y luego se vertió en las llagas una mezcla hirviente de plomo y aceite. Por fin, sus miembros fueron atados con tirantes a cuatro fogosos caballos para que fuera descuartizado. El "espectáculo popular" duró buena parte del día; en la noche, cuando uno de los caballos le arrancó el último brazo, Damiens expiró. "Su cuerpo, que sólo era un montón informe de carne, fue quemado todavía palpitante. Sus cenizas se arrojaron al viento" nos relata Delval, para brindarnos un espeluznante ejemplo de la justicia penal en aquellos no tan lejanos tiempos.

Estos hechos conmovieron el sentido de justicia del Marqués y de la misma manera en que siempre ha habido hombres prestos al derramamiento de la sangre humana, verdugos voluntariosos y lo que el mismo Voltaire

denominará "Tribunales de sangre"; así mismo han existido - y existen me supongo - seres humanos irreductibles en la lucha por la humanización de la justicia, en la rehabilitación de los valores y en la razón común que subyace a la vida en sociedad de la persona humana. A esta categoría pertenecía el Marqués de Beccaria, y fue así como las conversaciones que sostenía con un círculo ilustrado de amistades, alrededor del derecho penal, del fin de la pena y del progreso de las costumbres, se convirtieron en el libro en comentario.

Algunas ideas aquí postuladas por el Marqués de Beccaria en cuanto a la eficacia de las penas, son las siguientes: una primera noción nos indica que sólo las leyes pueden decretar las penas contra los delitos, no la voluntad o el libre arbitrio de un juez. En un segundo término, que la atrocidad de las penas es cuando menos inútil, si no pernicioso, y por lo tanto las penas deben dulcificarse al máximo; y, consecuentemente, que "... no es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infabilidad de ellas". (Ídem, p. 14 y 15).

Opina Beccaria, y no sin acendrado sustento filosófico e histórico, que: "Es mejor evitar los delitos que castigarlos" (P. 105); "La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad..." (Ídem, p. 72)

Gran admirador de la labor de los legisladores, a quienes podemos suponer, consideraba varones prudentes, dotados de sabiduría y celosos del bien común; exaltó el detenido análisis reflexivo que debería resultar inseparable de una buena legislación, atacando la imprevisión y estulticia en la aprobación de leyes, especialmente de las leyes penales: "Llámanse no leyes preventivas sino medrosas de los delitos; nacen de la tumultuaria impresión de algunos hechos particulares, no de la meditación considerada de inconvenientes y provechos de un decreto universal". (Ídem, p. 104)

Más adelante el comentarista Delval nos ilustra como algunas de estas ideas fueron configuradas anteriormente por eminentes autores en la Ilustración, por ejemplo en el Barón de Montesquieu, pero que en definitiva: "...ninguno había logrado darles esa coherencia ni estructurar toda la argumentación sobre la convicción de que delito y pecado deben separarse, de que la justicia es un asunto humano y de que el daño del delito se mide por el daño a la sociedad y no por razones religiosas o teológicas externas". (Ídem, p. 15).

Adversario de las penas severas, a las que consideraba inseparables de la impunidad del delito, Beccaria no pudo menos que convertirse en el adversario más formidable de la, así denominada, "pena" de muerte, a la que consideraba "... sólo una guerra de la nación contra un ciudadano"; y contra todo lo cual pronuncia esta importante sentencia, digna de consideración por todos los conceptos:

"Los países y tiempos de los más atroces castigos fueron siempre los de más sanguinarias e inhumanas acciones; porque el mismo espíritu de ferocidad que guiaba la mano del legislador regía la del parricida y del matador. Sentado en el trono dictaba leyes de hierro para almas atroces de esclavos, que obedecían. En la oscuridad pri-

vada estimulaba a sacrificar tiranos para crear otros de nuevo". (Ídem, p. 72).

En ese entonces tales dictados de la razón podían ser considerados como subversivos del orden establecido. Buena dosis de valentía y de libertad de conciencia asistía a quien así increpaba a los soberanos de su tiempo; cuando éstos, embriagados de absolutismo, pretendían desconocer el límite que impone la dignidad humana al ejercicio del poder público.

Al final de este pequeño gran libro, Beccaria se toma la molestia de resumir en un párrafo su propósito: "De cuanto hasta aquí se ha dicho puede sacarse un teorema general muy útil, pero poco conforme al uso, legislador ordinario de las naciones, esto es: para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictadas por las leyes". (P. 112)

Comayagua, 12 de septiembre de 2005.

A Propósito de la Nueva Ley Sobre Justicia Constitucional.

Por: TIRZA FLORES LANZA

Abogada.

El tres de septiembre del presente año fue publicado en el Diario Oficial "La Gaceta" el Decreto No. 244-2003, de fecha 20 de enero del 2004, contentivo de la **LEY SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL**, que entró en vigencia veinte días después de su publicación, derogando expresamente la Ley de Amparo emitida en fecha catorce de abril del mil novecientos treinta y seis, bajo el imperio de la cual se venía administrando, desde esa fecha, la justicia constitucional en nuestro país. Esta nueva ley representa un paso trascendental hacia el respeto y defensa del Estado Democrático de Derecho, pues la misma contiene varias e importantes innovaciones que posibilitan una mayor efectividad en la aplicación de las garantías constitucionales como instrumentos de protección del ordenamiento jurídico constitucional y de los derechos humanos en nuestro país.

Precisamente el propósito de estos apuntes es hacer una somera relación de esas innovaciones a efecto de resaltar la responsabilidad que para nosotros, como operadores de justicia, implica la correcta y positiva aplicación de este ordenamiento jurídico que se ha puesto en nuestras manos.

A continuación, pues, haremos breves comentarios sobre el articulado de la Ley Sobre Justicia Constitucional:

En armonía con el desarrollo que en materia de normas internacionales sobre derechos humanos se ha materializado desde 1948, año en que fue aprobada la Declaración

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 2 de esta Ley precitada establece como una regla de interpretación y aplicación de la misma, los tratados, convenciones y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en la República de Honduras, tomando en consideración las interpretaciones que de ellos hagan los tribunales internacionales, haciendo posible así la meritoria incorporación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos a nuestro derecho interno.

El artículo 3 de la Ley amplía el ámbito de las acciones que pueden conocer los órganos jurisdiccionales, agregando el Habeas Data, y la Revisión, que es sustraída de los ordenamientos procesales civil y penal e incorporada como acción constitucional; y además, poniendo bajo la competencia de la Sala Constitucional, la solución de los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, entre cualquiera de éstos y el Tribunal Supremo Electoral, entre las municipalidades, y entre el Ministerio Público, la Procuraduría General de la República y el Tribunal Superior de Cuentas; siendo uno de los mayores aciertos de esta nueva Ley, el establecer procedimientos específicos para cada una de las acciones de la jurisdicción constitucional, a diferencia de la ley derogada, en la cual el recurso de exhibición personal, el de amparo y la inconstitucionalidad se sustanciaban bajo un mismo procedimiento.

En el artículo 4 se establecen las reglas que rigen esta jurisdicción entre las que se destacan la celeridad, la ofi-

ciudad, la economía procesal y la prevalencia del fondo sobre la forma, principio éste último que rige de manera absoluta en lo que se refiere a la acción de exhibición personal y que, en cuanto al amparo, se materializa a través del artículo 50, el cual faculta al órgano jurisdiccional para que en lugar de declarar la inadmisibilidad por la falta de claridad en relación a alguno de los requisitos formales del escrito de interposición, se le conceda al recurrente la posibilidad de enmendar o subsanar tal omisión.

En relación al Amparo se deja claramente establecido (artículo 42) que tal acción procede contra resoluciones, actos y hechos provenientes de todas las instituciones estatales, tanto directamente de los Poderes del Estado como de las entidades descentralizadas, desconcentradas, las sostenidas con fondos públicos y las que actúen por delegación de algún órgano del Estado en virtud de concesión, de contrato u otro título análogo, con lo cual se garantiza el control constitucional real sobre toda la actividad del Estado; asimismo, con el propósito de hacer más integral ese control, se amplía el objeto de esta acción aún hacia los hechos o actos violatorios que no consten por escrito (artículo 43).

En las causas de inadmisibilidad del recurso de amparo, aparte de incorporar las contenidas en la antigua Ley de Amparo, introduce dos que son particularmente novedosas: la primera, establecida en el numeral 1) del artículo 46 que faculta al órgano jurisdiccional para declarar inadmisibles un recurso cuando en el mismo se aleguen violaciones de mera legalidad y que permitirá que no se repitan los abusos cometidos en el pasado, cuando se han revocado resoluciones judiciales con pronunciamientos propios de instancia que no deben ser constatados ni revisados por la jurisdicción constitucional, pues se desnaturaliza el objeto de esta acción que no es más que mantener y restituir a las personas en el goce y disfrute de sus derechos fundamentales, siendo únicamente permitido el control constitucional cuando la resolución judicial sea arbitraria, manifiestamente infundada o contenga un error patente; y, la segunda; en el numeral 9) de ese mismo artículo, que posibilita el rechazo de plano de una acción de amparo cuando sea notorio que tiene por objeto la dilación del proceso, con lo cual se hace viable evitar el uso indiscriminado, rayano en el abuso, que se ha hecho de este recurso con el único fin de embrollar un

determinado proceso, estableciendo el artículo 118 una sanción contra el recurrente que incurra en este comportamiento de manifiesta deslealtad procesal.

En el procedimiento establecido para esta acción de amparo, el cambio más sustancial es la ampliación del plazo para remitir los antecedentes o el informe que ahora será determinado por el órgano jurisdiccional, sin que pueda exceder de cinco días (artículo 52), asimismo la incorporación de un procedimiento de apremio que debe seguirse previo a que el no envío de los antecedentes o informe dé lugar a que se tenga como violado el derecho o garantía que motiva la acción (artículo 53)

Se introduce una Sección referente a las medidas cautelares, entre las que se encuentra la suspensión provisional del acto reclamado; y, con respecto a esta Sección se observa lo siguiente: a) mayor amplitud en cuanto al momento para decretarlas, pues se establece que puede hacerse en cualquier estado del procedimiento antes de dictar sentencia (artículo 57); y la posibilidad de que, de oficio o a petición de parte, también en cualquier estado del proceso, sean modificadas o revocadas, así como igualmente reconsiderar la denegatoria en virtud de circunstancias sobrevinientes (artículo 61); b) Se establecen más detalladamente los casos en que proceden las medidas cautelares (artículo 59), el modo de comunicarlas (artículo 60) y las sanciones por su incumplimiento (folio 62). Resulta importante resaltar que en el artículo 58 se establece que estas medidas se decretarán motivadamente, lo cual, a pesar de ser un principio general a ser observado en todas las resoluciones que no sean de mero trámite, no ha sido hasta ahora debidamente aplicado por los órganos jurisdiccionales que conocen de materia constitucional, por lo que resulta indispensable ser conscientes que tanto la imposición como la denegatoria de cualquier medida cautelar debe hacerse mediante un auto con la debida motivación para evitar la arbitrariedad y para no vulnerar el derecho de petición del recurrente.

Al referirse a la sentencia que otorga el amparo se determinan específicamente los requisitos que contendrá la parte resolutive de la misma (artículo 63), entre los que se encuentra "3) *La determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida aplicación*", lo cual constituye un verdadero acierto para garantizar al agraviado el pleno disfrute de

sus derechos fundamentales, pues en múltiples ocasiones no ha resultado claro cual es el efecto que tiene el otorgamiento de un recurso, y se han hecho interpretaciones equivocadas que han ido en detrimento de una buena administración de justicia, amén de que no han logrado el restablecimiento de la garantía violada, por lo que confiamos que con esta norma ya no se producirán estas desafortunadas confusiones.

En cuanto a la acción de inconstitucionalidad, es interesante observar que se incluye, dentro de los casos en que procede aquel en el que la ley ordinaria contraría lo dispuesto en un Tratado o convención internacional del que Honduras forme parte, otorgándole el rango constitucional que a esa normativa internacional le corresponde; también es de mucho interés el desarrollo, aunque no muy amplio, que realiza de la inconstitucionalidad promovida de oficio por los órganos jurisdiccionales (artículos 87 y 88), pues es imperioso el uso de esta alternativa por parte de los jueces, que somos los que diariamente nos vemos compelidos a la aplicación de diferentes preceptos legales, a efecto de que hagamos aportes significativos para lograr una normativa legal secundaria que sea totalmente congruente con nuestra Carta Magna y con los tratados y convenios internacionales vigentes en nuestro país.

Para finalizar solamente reitero que el propósito ha sido únicamente abrir un espacio de estudio y discusión sobre esta nueva normativa que nos obliga como jueces a reflexionar sobre nuestro papel como constructores de un Estado de Derecho y nos plantea el reto de convertirnos en garantes del orden constitucional y del respeto a los derechos humanos en nuestro país; no olvidemos que a esta Ley, como a toda obra humana, le esta vedada la perfección, en consecuencia, al aplicarla encontraremos inevitablemente pasajes oscuros, contradicciones y circunstancias fácticas no contempladas en la misma, no obstante, no son las legislaciones, por sí solas, las que hacen los cambios históricos necesarios para lograr una mejor administración de justicia, sino que lo mas importante es el pensamiento avanzado de quienes las aplican, recordemos que siempre es preferible una mala ley en manos de un buen Juez que una buena ley en poder de un mal Juzgador, apreciación que en múltiples ocasiones he escuchado de un conocido abogado de nuestro país, maestro de generaciones, de quien, con mucho orgullo y con la frente en alto, he recibido, no sólo un apellido limpio sino un ejemplo de honradez y estudio: Mi Padre.

Falta de Precisión Legislativa

El Secuestro

Por: María Fernanda Castro Mendoza: Abogada con orientación en Derecho Penal, Especialista en Derechos Humanos por la UNAH y estudiante del Postítulo en Derechos Humanos de la Mujer: Teoría y Práctica en la Universidad de Chile. Jueza de Tribunal de Sentencias con funciones de Asistente de Magistrada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Honduras.

Muchas veces el desconocimiento de las leyes y de los principios del Derecho, llevan a la ciudadanía a formarse una idea equivocada de la impartición de justicia; sin embargo, en muchas ocasiones las mismas leyes no proveen a quienes juzgan, de alternativas que permitan que sus resoluciones atiendan al desvalor de la acción perseguida. Con ánimo no de criticar, sino de proponer, quisiera referirme a uno de los delitos que mayor conmoción social causa en la población y que pese al particular interés que ha tenido a lo interno del poder legislativo¹, aún tiene debilidades, el Secuestro. El texto mismo de la norma expresa: ARTICULO 192 DEL CODIGO PENAL: "Quien secuestre a una persona para obtener de ella o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, bienes, títulos o documentos que produzcan provecho o utilidad a favor del secuestrador o de otra persona que éste señale, será sancionado así:

- 1) Con pena de la privación de la libertad por treinta (30) años a privación de la libertad de por vida si le ocasionaren o dieran lugar a la muerte del secuestrado, aun cuando no consiguieren su objetivo;
- 2) De treinta (30) a cuarenta (40) años, si el secuestrado muriere con motivo del proceso de rescate;
- 3) De veinte (20) treinta (30) años, si liberasen a la persona habiendo cobrado el precio reclamado; y,
- 4) De cinco (5) a diez (10) años, si desistiesen liberándola y no hubieren obtenido el precio reclamado.

Si con motivo de la liberación muriesen miembros de la autoridad, se aplicará lo dispuesto en el numeral 2) de ese artículo. Si con igual motivo se produjesen lesiones a miembros de la autoridad, las penas se aumentarán en un tercio.

Las mismas penas a que se refiere este Artículo serán aplicables a quien secuestre o retenga a una persona con el propósito de que haga o deje de hacer alguna cosa con fines publicitarios de naturaleza política."

Al analizar el artículo 192 del Código Penal observamos que en la enumeración de las diferentes circunstancias consideradas punibles en torno al delito de secuestro, no se ha contemplado la que consigne la pena a aplicar, *si el secuestrado es liberado ileso como producto del rescate*.

Al lograr la liberación del secuestrado, el reproche social que se hace manifiesto en la pena debe ser notablemente menor que la que corresponde aplicar en caso de que la muerte finalmente se produzca. Esto es así, en vista de que la vida del secuestrado trata de preservarse a toda costa, y de esta manera, si la pena es mayor en caso del rescate donde el secuestrado muere, se cumple la finalidad preventiva que tiene la pena.

¹ El Código Penal ha tenido aproximadamente 5 reformas en los últimos diez años, en lo que respecta al título VI sobre Delitos contra la Libertad y la Seguridad. (Referencia tomada de los Anexos del Código Penal completamente actualizado, preparado por el Abogado Darlan Esteban Matute López - Editora Casablanca)

Como propuesta de *lege ferenda* se requiere la incorporación de un numeral quinto, al artículo 192 del Código Penal que a mi criterio debe expresar: "**5) De 10 a 15 años si el secuestrado es liberado ileso como producto del rescate.**"

La ampliación de esta norma, con la incorporación antes referida es cada día más urgente, ya que ante el vacío, para que no haya impunidad, ha de acudir al artículo 193 del Código Penal, con el que se pretende abarcar lo no consignado específicamente en el artículo inmediato anterior (192). Sin embargo, el delito que contempla el artículo 193 es la privación injusta de la libertad y no el secuestro, y aunque ambas figuras delictivas tienen como bien jurídico protegido la libertad personal, el ánimo implícito en el secuestro, es el de obtener algo a cambio de la liberación de la persona retenida y esta especificidad es lo que agrava la situación y justifica que la penalización sea más grave.

Y es que con el secuestro no es únicamente la libertad personal la que se ve vulnerada, existen otros bienes jurídicos que también entran en juego.

Por una parte, respecto al secuestrado:

- La Libertad Personal
- La Seguridad
- La Integridad física
- La vida
- Algunas veces el Patrimonio Personal

Por otra parte, respecto a la familia del secuestrado:

- La Seguridad
- El Patrimonio Personal

La pena debe ser mayor a la que corresponde en caso de que la liberación se produzca como resultado del desistimiento de los sujetos activos (secuestradores); ya que en cierta forma la voluntariedad emanada para que el delito concluya implica un menor desvalor de la acción.

Resulta irrisorio, en consecuencia, que ante el vacío de la ley, pues no consigna la pena a imponer en caso de liberación mediante rescate, el Ministerio Público presente requerimiento fiscal por un hecho significativamente de menor lesividad y se imponga a los culpables penas tan leves que oscilan entre tres (3) y seis (6) años de reclusión, cuando por circunstancias similares, las penas normalmente oscilan entre veinte (20) y cuarenta (40) años de reclusión.

Algunas veces, esta salida no es la utilizada por el Ministerio Público, quien promueve las acciones como Secuestro en su grado de ejecución Tentativo; sin embargo, esta apreciación es errónea, si analizamos que la libertad personal, como principal bien jurídico protegido, ya ha sido vulnerada y antes del rescate policial se ha solicitado algo (dinero en la mayoría de los casos) a cambio de la libertad, lo que implica que el grado de ejecución sea consumado; razón por la cual, pese a que el rescate se efectúe sin que se haya realizado el pago, es decir, sin afectación patrimonial, no puede afirmarse que el mismo, se encuentre en estado inacabado.

Este señalamiento se encuentra reforzado en el numeral 4 del artículo 192 del Código Penal antes citado, ya que el desistimiento de la privación de libertad, sin obtención del precio o recompensa, implica la consumación del delito.

EL MANEJO DE LA "NOTICIA CRIMINIS" POR LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. EL ROL DE LA FISCALIA EN LA PRODUCCION DE "PRUEBA MINIMA" PARA SUSTENTAR SUS REQUERIMIENTOS.

Por: Abogado Jorge Alberto Burgos Córdova, Especialista en Ciencias Penales, Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Juez de Tribunal de Sentencia de Tegucigalpa, en funciones de asistente de Magistrado de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Recientemente se ha abierto una nueva polémica pública entre Jueces y Fiscales sobre algunas resoluciones judiciales que los fiscales estiman aberrantes, en procesos penales de elevada connotación pública e interés social. El revuelo de la controversia se da lugar en el marco de un notorio y evidente mal manejo de la "noticia criminal", por parte de los medios de comunicación, habida cuenta de su afán de obtener "primicias informativas" y llenar titulares, elaboran sus propias investigaciones con base en entrevistas, observaciones empíricas, o de su intuición o experiencia cubriendo la fuente judicial, las que dan como resultado "hipótesis investigativas" sobre las supuestas causas de los hechos, sobre la participación de las víctimas y lo más peligroso sobre la identidad de las personas a quien señalan como presuntos responsables, en titulares que inundan los medios informativos y que son la comidilla de los comentaristas y sus oyentes, en los programas de radio y televisión. Dichas "hipótesis" se constituyen de antemano en "verdades empíricas", sujetas a confirmación, pero por el hecho de haber sido vertidas públicamente, resulta inevitable que puedan dar lugar a falsas expectativas e ideas equivocadas en la conciencia de las personas. La Fiscalía, por decirlo así, inicia la investigación oficial de dichos casos, en forma tardía, pues actúa bajo la sombra o la huella, marcada a priori, por el paso de la investigación perio-

dística, que parece ya haber "aclarado" las cosas, y que a su vez ya ha "marcado el rumbo" y anticipado conclusiones.

La mayoría de la gente receptora de las noticias, se encuentra a una conmoción psicológica provocada por el delito y a su vez con la expectativa cifrada en que la fiscalía, al poner en movimiento toda su capacidad institucional, logre "comprobar" tales hipótesis apriorísticas, ante los tribunales de justicia, descargando "todo el peso de la ley" sobre los que ya han sido señalados como culpables. La Fiscalía, en algunos casos puntuales, ha corrido con el riesgo de caer en el juego de "intereses extrajurídicos" que se mueven en el entorno a los hechos públicos, siendo que más allá de ello debería descifrar los casos con profesionalismo, fundado en la certeza de convicción que solo proviene de la plena prueba. Solo para citar un ejemplo de lo anterior, ha sido evidente que en el llamado caso del "crimen de la Centro América", que dicho sea de paso causó gran conmoción social, en que aparecieron ahorcados en su propia casa de habitación una madre y sus tres menores hijos, hecho en que la mayoría de la "opinión pública" fue orientada por medios informativos a sindicarse como responsable al padre de los menores. En este caso, desde mi punto de vista, la Fiscalía no debió haberse dejado influenciar por los medios informati-

vos, pues al haberse apresuradamente a presentar el requerimiento contra el principal sospechoso, dando por descontado que el presunto responsable era el acusado y no otra persona, dejó de incorporar al proceso prueba de cargo suficiente para acreditar ante los tribunales, no solo la "existencia del hecho", sino el "indicio racional" de la participación del acusado en los mismos.

Si bien la Fiscalía no necesita agotar en la audiencia inicial la totalidad de su "repertorio probatorio", y mucho menos al presentar su requerimiento, si debía haberse asegurado, antes de señalar oficialmente al principal sospechoso como imputado, de tener esa prueba concreta indispensable para vincular a este con las muertes violentas de sus parientes, que no fuera nada más simples sospechas. El Artículo 297 del Código Procesal Penal, en su parte conducente, es claro al determinar que: "Si no procede el sobreseimiento provisional ni el definitivo, el Juez resolverá, según corresponda: 1) Dictar auto de prisión y, en tal caso, decidir si decreta la prisión preventiva del imputado u otras medidas cautelares de conformidad con las pruebas practicadas al respecto. Para decretar el auto de prisión el Juez considerará como plena prueba de haberse cometido el delito, la concurrencia de todos los elementos de su tipificación legal y estimará como indicio racional todo hecho, acto o circunstancia que le sirva para adquirir la convicción de que el imputado ha participado en la comisión del delito". Requisitos que a criterio de la Jueza Penal de la audiencia inicial no concurrían en el caso de autos, por lo que decretó un sobreseimiento provisional, ordenando dejar al acusado sometido a medidas cautelares sustitutivas, para ser juzgado en libertad, resolución judicial severamente criticada por los fiscales del caso, ante los medios de comunicación, quienes al parecer consideraban que ya contaban con los elementos de prueba necesarios para sustentar un auto de prisión contra el acusado acompañado de la medida cautelar de prisión preventiva. Pero que también causó extrañeza al público en general dadas las falsas expectativas de culpabilidad preconcebidas con publicaciones periodísticas anteriores, en las que de antemano se daba por resuelto el caso. El saldo del asunto en mi parecer, ha sido negativo, pues para la fiscalía no dejar al sospechoso detenido preventivamente ha sido interpretado como

un "fracaso", pues frente a la gente su actuación se ve como deficiente, por otra parte, queda una falsa percepción de impunidad y una apariencia de irregularidad en la decisión judicial, con lo que también el poder judicial aparece frente a la sociedad con visos de debilidad e incapacidad.

Por lo anterior estimo que se debe legislar para asegurar el buen manejo de la noticia criminal en la que se pone en entredicho la libertad, el honor y demás derechos de los imputados y de las víctimas, y para que la Fiscalía no se anticipe a presentar sus requerimientos, con simples fotocopias carentes autenticidad, y sin haber obtenido antes las pruebas suficientes para vincular a los acusados con los hechos enjuiciados. Se debe persistir también para que los Jueces continúen afinando y construyendo con una cultura de la "motivación de sus resoluciones". Es necesario que en los mismos medios informativos en que se han difundido las noticias referentes al caso, sean "publicadas integralmente" los autos motivados y sentencias de los Jueces, de manera que sobresalgan públicamente ante la sociedad en general, todos los aspectos fácticos, legales y constitucionales que sustentan sus decisiones y no solo aquellas voces disonantes de las partes procesales que son afectadas por las mismas, hecho que sin lugar a dudas ha contribuido desde siempre con una "percepción de inseguridad jurídica" en la administración de Justicia.

Por lo anterior entonces deberíamos empezar a valorar si vale la pena que se reforme el Código Procesal Penal para que las audiencias iniciales y preliminares que se celebran en los Juzgados penales, y donde se toman decisiones relevantes sobre la libertad, honor de las personas y demás derechos, especialmente en procesos de gran connotación e interés social, también sean públicas, no solo para las partes procesales, sino para el público en general, tal como sucede ya con las audiencias de juicio. Ello contribuiría positivamente, entre otros aspectos procesales, con la necesaria "transparencia" que la justicia requiere en una sociedad moderna como la nuestra.

**PRONUNCIAMIENTO DE NUESTRA SALA PENAL SOBRE LA
INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO**

La Corte Suprema de Justicia en su labor de unificación de la Jurisprudencia ha venido sentando precedentes importantes divulgados algunos en la Gaceta Judicial, y otros que pueden ser conocidos en las sentencias pronunciadas y que son de conocimiento de las partes, traemos en esta ocasión un fallo relacionado con la garantía Constitucional de la Inviolabilidad del domicilio de la sentencia de fecha 15 de Junio del 2005

LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en sentencia de fecha quince de junio del dos mil cinco dictada en el recurso de casación por Infracción de Ley, formalizado ante ese Tribunal de Justicia en fecha cinco de mayo del dos mil cuatro, por el Licenciado DMP, mayor de edad, casado, hondureño y con domicilio en San Pedro Sula, Cortés, en su condición de apoderado legal del señor EML; en relación al proceso instruido mediante acusación presentada ante el Juzgado de Letras Tercero de lo Criminal de San Pedro Sula, Cortés, en fecha veintisiete de octubre del dos mil, por la Licenciada VSDO, mayor de edad, soltera, hondureña y con domicilio en la ciudad de San Pedro Sula, Cortés, en su condición de Fiscal del Ministerio Público y por ende en representación de los intereses generales de la Sociedad, contra los señores ALA y EML, ambos mayores de edad, solteros, hondureños y con domicilio en Choloma, Cortés, por suponerlos responsables del delito de POSESION Y TRAFICO Ilicito DE DROGAS en perjuicio de la SALUD DE LA POBLACION DEL ESTADO DE HONDURAS, casó la sentencia de fecha dieciséis de febrero del dos mil cuatro, dictada por la Corte de Apelaciones Seccional de San Pedro Sula, Cortés, conteniendo la motivación del fallo de la Corte Suprema las siguientes consideraciones:

"...II.- Que esta Sala tiene como probado lo siguiente: HECHO PROBADO UNICO: que el día veintiséis de octubre del año dos mil, como a eso de las diez con treinta minutos de la mañana, la policía allanó sin autorización del dueño ni orden judicial, y sin estar comprendido

dicho allanamiento en los autorizados por la ley para ejecutarlos sin orden escrita del ente competente, la casa de habitación del señor EML, ubicada en la Colonia Canadá del Municipio de Choloma, en la que se decomisaron treinta y nueve piedras de crack, que resultaron ser cocaína/base con un peso de cinco punto siete gramos y una bolsita que contenía cocaína/clorhidrato con el peso de cero punto catorce gramos y además siete relojes (Adidas, Casio, Citizen, Seiko, Wilson, Hill y Tommy), tres anillos y una cadena color amarillo, dos radios portátiles marca Aiwa y Sony respectivamente, varias bolsas de plástico, una tijera color negro, un foco pequeño, un televisor portátil pequeño marca Optimus, una probeta de cien mililitros, un bote de Soda Bakery Club, una caja de baking soda, tres vasos plásticos, una radio grande Sony, dos ventiladores Super Brissa y Astor, un televisor Sharp (grande), cuarenta y seis pastillas de aspirinas, veinte pastillas de lanoxin, tarjeta de identidad de CARLOS ESCOBAR, un boleto de avión de HERNAN MOLINA, cincuenta y nueve lempiras en billetes y nueve lempiras con setenta centavos en monedas.- III.- Que en el allanamiento realizado se encontraron pruebas, las que en caso de que éste se hubiera realizado lícitamente, perfectamente hubieran servido de fundamento para una sentencia condenatoria, pues la conducta del imputado podría ser subsumida en uno de los tipos penales establecidos en la Ley contra el Tráfico Ilicito de Drogas y Estupefacientes.- IV.- Que la inviolabilidad del domicilio es una garantía constitucional; pudiendo sólo ser allanado mediante autorización del dueño, por orden escrita de autoridad competente y sin orden judicial en los casos establecidos como excepción legalmente; no encontrándose el presente caso en ninguno de los mencionados, siendo en consecuencia el mismo ilegal y por añadidura también ilícita la prueba recabada en el mismo. En la jurisprudencia estadounidense, en el caso Estados Unidos vrs. Rabionowitz el juez Frankfurter dice: "Por medio de la declaración de derechos, los fundadores de este país subordinaron la acción judicial a restricciones

legales, no para conveniencia de los culpables sino para protección de los inocentes.- No dispusieron tampoco que sólo los inocentes podrían recurrir a esta protección. Sabían muy bien que para tener éxito en el castigo de los culpables no era necesario que se juzgara a los inocentes. La frecuencia con que se golpeaba a la puerta de un individuo con el pretexto de arresto, por una ofensa venial, no les era desconocida... Hasta en nuestros días tenemos tristes recuerdos de esta experiencia... La acción policial sin el control judicial puede llevar a toda clase de extremos. Los fundadores de nuestra nacionalidad volcaron en la Constitución su convicción de que para reforzar la ley no era conveniente recurrir al fácil pero peligroso camino de dejar que los policías determinan cuando era necesario o no un allanamiento, sin orden de autoridad com-

petente.- El desarrollo de la historia les ha dado la razón. Podemos afirmar, con certeza, que el delito se combate con mayor eficacia cuando se cumplen rigurosamente los principios que han inspirado las restricciones Constitucionales sobre la acción de la policía".- En Honduras prevalece el principio constitucional de legalidad, y como se dijo antes, salvo en los casos expresamente permitidos por la ley para casos de excepción, el allanamiento no puede ser realizado sin orden judicial. V.- Que por lo expuesto es procedente dictar una sentencia absolutoria a favor del imputado, por ser excluida toda la prueba recabada en el allanamiento, por ser espuria o ilícita..."

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *

En sus últimos períodos de sesiones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado sentencias en las que ha tratado temas de derechos humanos centrales para la consolidación de sociedades verdaderamente democráticas.

La estrecha relación entre democracia y libertad de expresión.

En la sentencia del Caso **Ricardo Canese vs. Paraguay**, emitida el 31 de agosto del 2004, la Corte resaltó el "*papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática*" (parr. 86); citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Interamericano recordó que "*la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una*

sociedad democrática" (parr. 83). La Corte advirtió que "*sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad*" (parr. 86)

Este caso fue litigado ante la Corte por CEJIL, el Sindicato de Periodistas de Paraguay (SPP), el Sindicato de Trabajadores de la Administración Nacional de la Electricidad (ANDE) y los Abogados Pedro Almada Galeano, Alberto Nicanor Duarte y Carlos Daniel Alarcón, en representación de las víctimas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La tortura está prohibida en toda circunstancia de acuerdo al jus cogens

En la sentencia del caso *Tibi vs. Ecuador*, el tribunal recordó que "existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*" (párrafo 143)

Asimismo en la sentencia del caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, la Corte resaltó que "la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas" (párrafo 100)

El llamado "fenómeno del corredor de la muerte" como trato cruel, inhumano y degradante.

En el caso *Hilaire, Constantine, Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, la Corte Interamericana tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el "fenómeno del corredor de la muerte". Tomando en cuenta lo señalado por su par europea en el caso *Soering vs. Reino Unido*, consideró que el trato que se le da a una persona que vivencia esas circunstancias es cruel, inhumano y degradante (cfr., párrafos 167 al 169)

El Tribunal interamericano recordó que la Corte Europea en el caso *Soering* determinó "el llamado 'fenómeno del corredor de la muerte' (*death row phenomenon*) es un trato cruel, inhumano y degradante, y está constituido por un período de detención prolongado en espera y previo a ejecución, durante el cual se sufre de angustia mental además de otras circunstancias a las que el acusado es expuesto que incluyen, entre otras, la forma en que se impuso la condena; la no consideración de las características personales del acusado; la desproporción entre la pena y el delito cometido; las condiciones de detención a la espera de ejecución; las demoras en las apelaciones o en la revisión de su pena de muerte durante las cuales la persona está sujeta a una prisión extrema y a trauma psicológico; el hecho de que el Juez no tome en consideración la edad o el estado mental de la persona condenada, así como la constante espera de lo que será el ritual de su propia ejecución" (párrafo 167).

En ese mismo caso, la Corte Interamericana señaló que "todos los detenidos se encuentran bajo una constante amenaza de que en cualquier momento pueden ser llevados a la horca como consecuencia de una legislación y proceso judicial contrarios a la Convención Americana" (párrafo 168)

Las condiciones de detención deterioradas pueden constituir tratamientos crueles, inhumanos o degradantes.

En la mencionada sentencia en el caso *Lori Berenson Mejía* la Corte resaltó que "las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e 'implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita'. Sin embargo, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por inciso 2 del artículo 5 de la Convención" (párrafo 101).

Adicionalmente, la Corte consideró que "la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal" (párrafo 102)

La incomunicación puede constituir un tratamiento inhumano.

En la sentencia del caso *De la Cruz Flores vs. Perú*, la Corte reiteró que "en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha establecido que la incomunicación debe ser excepcional y que su uso durante la detención puede constituir un acto contrario a la dignidad humana, dado que puede generar una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral para el detenido" (párrafo 27)

Asimismo recordó lo sostenido en decisiones anteriores "una de las razones por las cuales la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional es por los graves efectos que tiene sobre el detenido. En efecto, el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles" (párrafo 129)

* Tomado de CEJIL GACETA - Publicación del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. Números 23 y 24 del 2005

Escribe en la Revista JUSTICIA

Los Temas a incluir pueden ser de cualquier materia de la ciencia del derecho y de otras disciplinas relacionadas con la Justicia y los Derechos Humanos

Requisitos de los trabajos

- *Extensión máxima de 20 a 25 cuartillas o páginas en trabajos de doctrina, y de 10 a 15 en otros artículos o ensayos.*
- *Las páginas deben de ser de 25 líneas*
- *Las citas a pie de página*
- *Deben acompañarse de índice y bibliografía*
- *Deben acompañarse con un resumen sobre el contenido de 15 líneas.*
- *Enviar los trabajos en archivo adjunto, formato Word.*
- *Los trabajos se envían a: Consejo de Redacción de la Revista JUSTICIA*
E-mail: cejhonduras@gmail.com

La Red Centroamericana de Jueces por la Democratización de la Justicia Saluda al Centro de Estudios Jurídicos de Honduras

*Estimados amigas y amigos.
Centro de Estudios Jurídicos de Honduras.*

Los integrantes de la Red Centroamericana por la Democratización de la Justicia, que aglutina a jueces e instituciones de derechos humanos de toda Centroamérica, les damos las mas sinceras felicitaciones y deseos de éxito por la reciente creación del Centro de Estudios Jurídicos de Honduras y por su primera publicación de la Revista Justicia.

Asimismo, compartimos los mismos ideales de contribuir a la construcción de un Estado de Derecho en la región centroamericana a través de la democratización de la justicia e impulsar y profundizar los procesos de reforma judicial que tengan como base el respeto de las garantías de los ciudadanos y ciudadanas, el rechazo de las ficciones normativas y la independencia de los Poderes Judiciales, pilares fundamentales para superar las debilidades hoy existentes.

Dentro de este esquema es inevitable elaborar criticas a la justicia, ya que tienen sus orígenes en el Estado colonial, y que se caracterizan por una estructura incompatibles con leyes fundamentales que se sustentan en principios incorporados en la Constitución de la República y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, reconocidos por nuestros países.

Por su relevancia en el contexto democrático, la justicia se convierte en un termómetro para medir el modo en que avanzan las instituciones democráticas. Por ello, la administración de justicia ocupa un lugar privilegiado en el análisis del marco político, dado que la desconfianza por parte de los ciudadanos y ciudadanas en la administración de justicia implica inestabilidad en los procesos democráticos.

Concientes de las dificultades que implica participar en la construcción de un nuevo movimiento por el cambio en los sistemas de la administración de justicia, la Red Centroamericana por la Democratización de la Justicia, estará siempre profundizando y coordinando actividades con el Centro de Estudios Jurídicos de Honduras.

De este modo, nuestras acciones apuntarán a dinamizar el quehacer judicial, enriquecer la discusión sobre el sistema judicial y constituirmos en factores de cambio.

*Nelson Flores Fabián
Coordinador de la REDCA*

INECIP Saluda al Centro de Estudios Jurídicos de Honduras

**SEÑORES/AS
CENTRO DE ESTUDIOS JURIDICOS DE HONDURAS**

El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) quiere manifestar su mas sincera felicitacion y deseos de exitos al CENTRO DE ESTUDIOS JURIDICOS DE HONDURAS, tanto por su reciente creación como por la aparición del primer numero de la revista JUSTICIA.

Tenemos conocimiento de las actividades iniciadas por el mencionado Centro, como actividades de capacitacion, formacion y debate a jueces y operadores judiciales, lo que, consideramos, se convertirá en uno de los pilares del fortalecimiento del estado de derecho y la independencia judicial en Honduras.

Asimismo, somos conscientes de los esfuerzos realizados por los integrantes del Centro Juridico de Honduras para la conformacion de esta Institucion, en un contexto de debilidad de las instituciones republicanas en general y del sistema de justicia en particular. INECIP espera poder profundizar los lazos de contacto e intercambio con los integrantes del Centro, en lo académico, profesional y humano, en el convencimiento de que solo con jueces, fiscales y defensores probos y conscientes de su rol en un estado de derecho se podra garantizar la democracia en nuestros paises.

**ANDREA DIEZ
DIRECTORA INECIP
CENTROAMERICA**

**SILVINA RAMIREZ
DIRECTORA INECIP
ARGENTINA**