Escuela Nacional de la Judicatura
República Dominicana

Teoría del delito

Escuela Nacional de la Judicatura
República Dominicana

Teoría del Delito

TÍTULO
TEORIA DEL DELITO

AUTORES
Consultores Internacionales:
José De la Mata Amaya, José Miguel Sánchez Tomás,
Rafael Alcácer Guirao, Juan Antonio Lascuraín Sánchez,
Maximiliano Rusconi.
Consultores Nacionales:
Manuel Ulises Arturo Bonelly, José de los Santos Hiciano

Hecho el Depósito Legal
ISBN: 978-9945-425-17-8
Portada: Ruddy Alberto Reyes
Diagramación: Ruddy Alberto Reyes
Corrector de estilo: Juan Manuel Prida

© **Escuela Nacional de la Judicatura**
Calle César Nicolás Penson No.59, Gazcue
Tel.: (809) 686.0672 | Fax: (809) 686.1101
Santo Domingo, Distrito Nacional, República Dominicana
e-mail: info@enj.org
www.enj.org

Consejo Directivo
Mag. Jorge A. Subero Isa
Presidente
Mag. Enilda Reyes Pérez
Miembro
Mag. Erick Hernández-Machado
Miembro
Mag. William Encarnación
Miembro
Dr. Juan Manuel Pellerano
Miembro
Lic. Julio César Terrero
Miembro
Luis Henry Molina Peña
Secretario

Dirección
Luis Henry Molina
Director
Gervasia Valenzuela Sosa
Subdirectora
Mag. Yokaurys Morales
Coordinadora Técnica
Silvia Furniel
Analista
Virginia Feliz
Analista

Capital humano
Joddy Hernández
Analista
Mencía Mercedes
Analista
José L. Rodriguez
Analista
Maurys Santana
Analista
Denia Pichardo
Analista

Gerencias de Proyectos
Nora Rubirosa
Gerente
Glenys Linares
Analista
Pully García
Analista

Ney De la Rosa
Gerente
Ellys Coronado
Analista
Yamel Montero
Analista

Rosa María Cruz
Especialista
María Amalia Bobadilla
Analista
Lucy Liranzo
Analista

Mariloy Díaz
Especialista
Dilenia Hernández
Analista
Analista

Gestión Administración y Finanzas
Alicia Tejada
Gestora
Adriano Francisco
Especialista
Giselle Mojica
Analista
Yokasta García
Analista

Gestión de Información y Atención al Usuario
Jacqueline Díaz
Gestora
Luis M. Pérez
Especialista
Guillermo Haché
Especialista
Glennys Díaz
Analista

ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Teoría del Delito

República Dominicana
2007

SUMARIO

PRESENTACIÓN 17

INTRODUCCIÓN 21

TEMA I
EL DERECHO PENAL. FUNDAMENTO Y LÍMITES A SU INTERVENCIÓN.
LA LEY PENAL. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL 39
- 1.1 EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL 39
- 1.2 DERECHO PENAL OBJETIVO Y SUBJETIVO 41
- 1.3 DERECHO PENAL OBJETIVO 42
- 1.4 DERECHO PENAL SUBJETIVO 43
- 1.5 LA NORMA PENAL 45
  - 1.5.1 Normas penales incompletas 46
  - 1.5.2 Normas penales en blanco 46
- 1.6 LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL 48

2. LOS FINES DE LA PENA: PREVENCIÓN VS. RETRIBUCIÓN 50
- 2.1 TEORÍAS ABSOLUTAS 51
- 2.2 TEORÍAS RELATIVAS 52
  - 2.2.1 Teorías de la prevención general 53
  - 2.2.2 Teorías de la prevención especial 55
  - 2.2.3 Teorías de la unión 57

3. LÍMITES GARANTÍSTICOS 58
3.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 59
  - 3.1.1 Garantías del principio de legalidad 60
  - 3.1.2 Requisitos de las normas penales derivados del principio de legalidad 63
  - 3.1.2.1 Lex certa 63
  - 3.1.2.2 Lex stricta 65
  - 3.1.2.3 Lex scripta 67
  - 3.1.2.4 Lex praevia 68
- 3.2 EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA 69
- 3.3 EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD 72
- 3.4 PRINCIPIO DE LESIVIDAD 74

4. LA LEY PENAL 76
- 4.1 CONCEPTO DE LEY PENAL 76
- 4.2 CLASES DE LEYES PENALES 77

5. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL 78
- 5.1 CONCEPTO 78
- 5.2 CLASES DE INTERPRETACIÓN 79
- 5.3 PRINCIPIOS RECTORES DE LA INTERPRETACIÓN 81
- 5.4 PROBLEMAS DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PENALES 81
  - 5.4.1 Erratas de imprenta 81
  - 5.4.2 Errores de redacción 82

6. ÁMBITO DE APLICACIÓN....82
6.1 ÁMBITO TEMPORAL DE LA LEY PENAL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD....82
6.1.1 Principio general: el principio de irretroactividad de las leyes penales....83
6.1.2 Excepciones al principio fundamental....83
6.1.2.1 Retroactividad de la ley penal más favorable....83
6.1.3 Excepciones a la retroactividad de la ley penal más favorable:
las leyes temporales y excepcionales....86
6.2 ÁMBITO ESPACIAL DE LA LEY PENAL....88
6.2.1 Principio territorial....88
6.2.1.1 Concepto de "territorio"....89
6.2.1.1 Concepto de "lugar de comisión"....89
6.2.2 Principio real o de defensa....90
6.2.3 Principio de la nacionalidad o de la personalidad....91
6.2.4 Principio de perseguibilidad universal....92
6.2.5 Principio de derecho penal por representación....93

7. TERRITORIALIDAD Y EXTRATERRITORIALIDAD. LA EXTRADICIÓN....96
7.1 CONCEPTO....93
7.2 CLASES DE EXTRADICIÓN....94
7.3 PRINCIPIOS DE LA EXTRADICIÓN....95

TEMA 2
EL CONCEPTO DE DELITO. LA TIPICIDAD. EL TIPO OBJETIVO.

1. EL CONCEPTO DE DELITO:
1.1. LA DOGMÁTICA Y EL SISTEMA PENAL.
1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS TEORÍAS DEL DELITO.
1.2.1. La teoría causalista.
1.2.2. La teoría finalista.
1.2.3. La situación actual.

2. LA TIPICIDAD COMO CATEGORÍA DEL DELITO:
2.1. EL CONCEPTO DE TIPO Y SU EVOLUCIÓN.
2.2. LAS FUNCIONES DE LA TIPICIDAD.
2.3. LA ESTRUCTURA Y LOS ELEMENTOS DEL TIPO.
2.3.1. Los elementos de la parte objetiva del tipo:
2.3.1.1. La conducta.
2.3.1.2. Los sujetos activo y pasivo.
2.3.1.3. El objeto.
2.3.2. Los elementos de la parte subjetiva del tipo.
2.3.3. Elementos descriptivos y normativos del tipo.

2.4. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES:
2.4.1. Clasificación legal.
2.4.2. Según las modalidades de conducta.
2.4.3. Según los sujetos.
2.4.4. Según la afectación al bien jurídico.

3. LA ACCIÓN:
3.1. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN:

3.1.1. La conceptuación ontológica de la acción.
3.1.1.1.- El concepto causal de acción.
3.1.1.2.- El concepto final de acción.
3.1.2. La conceptuación normativa de la acción.
3.1.2.1.- El concepto social de acción.
3.1.2.2.- Otros conceptos normativos de acción.
3.2. LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ACCIÓN:
3.2.1. La fuerza irresistible.
3.2.2. Movimientos reflejos y situaciones de inconsciencia.

4. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA:
4.1. EL SIGNIFICADO DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.
4.2. LAS TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA:
4.2.1. La teoría de la equivalencia de condiciones:
4.2.1.1. La conditio sine qua non.
4.2.1.2. El conocimiento conforme a las leyes de la naturaleza.
4.2.2. Las teorías individualizadoras.
4.2.3. Las teorías generalizadoras:
4.2.3.1. La teoría de la causalidad adecuada.
4.2.3.2. La teoría de la causalidad relevante.
4.3. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.
4.3.1. Fundamento y elementos.
4.3.2. La imputación de la conducta: la creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante:
4.3.2.1. La peligrosidad de la conducta.
4.3.2.2. El riesgo no permitido.
4.3.3. La imputación del resultado: la realización del riesgo:
4.3.3.1. La interrupción del nexo causal.
4.3.3.2. La conducta alternativa conforme a derecho.
4.3.3.3. La autopuesta en peligro.
4.4. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.
4.5. HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL Y DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO.

TEMA 3
EL TIPO SUBJETIVO. DOLO, IMPRUDENCIA Y ERROR DE TIPO

1. INTRODUCCIÓN. LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA 133

2. EL DOLO 136
2.1 CONCEPTO Y EVOLUCIÓN SISTEMÁTICA 136
2.2 LAS DIFERENTES MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA
Y SU NECESIDAD DE DISTINCIÓN: EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA 137
2.3 CLASES DE DOLO. LÍMITES CON LA IMPRUDENCIA 139
2.3.1 Introducción 139
2.3.2 Dolo intencional 140
2.3.3. Dolo directo 140
2.3.4 Dolo eventual 141
2.3.4.1 La teoría del consentimiento 141
2.3.4.2 La teoría de la representación 142
2.3.4.3 La teoría de la asunción. Concreciones sobre la delimitación
entre dolo e imprudencia 143

3. LA IMPRUDENCIA 146
3.1 INTRODUCCIÓN. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA IMPRUDENCIA 146
3.1.1 Consideraciones generales 146
3.2 CONCEPTO Y CLASES. 148
3.2.1 Introducción. Delimitación con el dolo. Imprudencia consciente e inconsciente 148
3.2.2 Concepto de imprudencia. La infracción del deber de cuidado como elemento nuclear del tipo imprudente 150
3.2.2.1 La previsibilidad objetiva como primer aspecto del deber de cuidado: el deber de advertir el peligro 151
3.2.2.2 El deber de cuidado externo: el contenido del deber de cuidado 152
3.3. LA GRAVEDAD DE LA IMPRUDENCIA. CRITERIOS DE MODULACIÓN 154
3.4. LA PRETERINTENCIONALIDAD. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL 156

4. EL ERROR DE TIPO 157
4.1 CONCEPTO 157
4.2 ERROR EVITABLE E INEVITABLE 158
4.3. ERROR SOBRE ELEMENTOS DESCRIPTIVOS Y SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS 159
4.4 EL ERROR SOBRE LA DIRECCIÓN DEL CURSO CAUSAL 161
4.4.1 Error in objecto - in persona 162
4.4.2 Error sobre la dirección del curso causal 162
4.4.3 Aberratio ictus 164
4.4.4 Desviaciones causales derivadas del momento de la consumación: "consumación anticipada" y "dolus generalis" 166

TEMA 4
LA OMISIÓN

1. LA OMISIÓN. CONCEPTO Y FORMAS TÍPICAS DE REALIZACIÓN OMISIVA 173
1.1 CONCEPTO 173
1.2 CLASES 175
1.3 LA DISTINCIÓN ENTRE LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN 175
1.4 LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE LA OMISIÓN 181

2. LA COMISIÓN POR OMISIÓN 182
2.1 LA AUSENCIA DE CLÁUSULA EXPRESA SOBRE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL CP 182
2.2 LA COMISIÓN POR OMISIÓN. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN ESPECÍFICOS 184
2.2.1 Concepto y presupuestos. 184
2.2.2 Evolución dogmática 186
2.2.3 La equiparación con la realización activa. La "teoría de la equivalencia estructural" 187
2.2.4 Grupos de casos 190
2.2.4.1 Función de protección de un bien jurídico 190
2.2.4.2 Función de vigilancia de un foco de peligro 193
2.3. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN COMUNES CON EL DELITO ACTIVO 198
2.3.1 Elementos del tipo objetivo: la "causalidad hipotética" 199
2.3.2 Dolo e imprudencia en la comisión por omisión 200
2.4 LA TENTATIVA EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN 201

TEMA 5
LA TENTATIVA DE DELITO Y EL DESISTIMIENTO

1. INTRODUCCIÓN. LA FINALIDAD DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA
Y EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD 207
1.1 LA FINALIDAD DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA 207
1.2. COGITATIONES POENA NEMO PATITUR Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD 208
2. EL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN DE LA TENTATIVA 209
2.1 TEORÍAS DE FUNDAMENTACIÓN DEL CASTIGO 209
2.1.1 Teorías subjetivas 210
2.1.2 Teorías mixtas. La teoría de la impresión 211
2.1.3 Teoría objetiva: el peligro para el bien jurídico 212

3. LA REGULACIÓN DE LA TENTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL DOMINICANO 215

4. EL COMIENZO DE EJECUCIÓN: LA DELIMITACIÓN DE LA TENTATIVA
FRENTE A LOS ACTOS LA PREPARATORIOS 216
4.1 LA TENTATIVA COMO EL "COMIENZO DE LA EJECUCIÓN" 216
4.2 TEORÍAS SOBRE EL COMIENZO DE LA EJECUCIÓN 218
4.2.1 Teorías subjetivas 218
4.2.1.1 Planteamiento 218
4.1.2.1 Crítica 219
4.2.2 Teoría objetivo-formal 219
4.2.2.1 Planteamiento 219
4.2.2.2 Crítica 219
4.2.3 Teorías materiales: teoría del peligro y teoría de la impresión 220
4.2.3.1 Planteamiento 220
4.2.3.2 Crítica 221
4.2.4 Teoría de la inmediatez o de los actos intermedios 222
4.2.4.1 Planteamiento 222
4.2.4.2 Grupos de casos 223

5. EL TIPO SUBJETIVO DE LA TENTATIVA 225
6. LA TENTATIVA INIDÓNEA 226
6.1 CONCEPTO 226
6.2 FUNDAMENTO DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA INIDÓNEA 226
6.2.1 Punto de partida. El peligro para el bien jurídico como fundamento de punición .226
6.2.2 Distinción entre inidoneidad relativa y absoluta 227
6.2.2.1 Planteamiento 227
6.2.2.2 Crítica 227
6.2.3 La peligrosidad ex ante 228
6.2.3.1 Planteamiento 228
6.2.3.2 Críticas 230
6.2.4 Conclusiones 230

7. EL DESISTIMIENTO 231
7.1 CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL. EL DESISTIMIENTO
EN LA TENTATIVA INACABADA Y ACABADA 231
7.2 FUNDAMENTO DE LA EXENCIÓN DE PENA 232
7.2.1 Falta de merecimiento de la pena 233
7.2.2 Falta de necesidad de pena 233

7.3 REQUISITOS DEL DESISTIMIENTO....234
7.3.1 La evitación del resultado....235
7.3.1.1 La no producción del resultado....235
7.3.1.2 La imputación de la evitación del resultado....236
7.3.2 La voluntariedad....237
7.3.2.1 Teorías psicológicas....237
7.3.2.2 Teorías normativas....238
7.3.2.2 Conclusión....239

TEMA 6
FORMAR DE INTERVENCION EN EL HECHO TÍPICO: LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

1. CONCEPTO DE AUTOR Y FORMAS DE AUTORÍA....245
1.1 INTRODUCCIÓN. FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO....245
1.2 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. TEORÍAS GENERALES SOBRE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE FORMAS DE INTERVENCIÓN....246
1. 2.1 El concepto unitario de autor....247
1.2.2 Teorías diferenciadoras....248
1.2.2.1 Teorías extensivas de la autoría. La teoría subjetiva....248
1.2.2.2 Teorías restrictivas. La teoría objetivo-formal y la teoría del dominio del hecho....250
1.2.2.2.1 La teoría objetivo-formal....251
1.2.2.2.2 La teoría del dominio del hecho....252
1.3 LA REGULACIÓN DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DOMINICANO....255
1.3.1 Ubicación típica de las formas de autoría y participación....255
1.3.2 La autoría y la participación en el Código Penal dominicano....256
1.4 FORMAS DE AUTORÍA....256
1.4.1 La autoría directa individual....256
1.4.2 La coautoría....256
1.4.2.1 Concepto....256
1.4.2.2 Requisitos: mutuo acuerdo y contribución esencial....258
1.4.2.3 La tentativa en la coautoría....262
1.4.3 La autoría mediata....263
1.4.3.1 Concepto....263
1.4.3.2 Supuestos....264
1.4.3.2.1 Instrumento que actúa sin capacidad de acción....265
1.4.3.2.2 Déficit de conocimiento en el instrumento....265
1.4.3.2.3 Déficit de libertad en el instrumento....266
1.4.3.2.3.1 Supuestos de coacción....266
1.4.3.2.3.2 Supuestos de utilización de inimputables....267
1.4.3.2.4 Déficit de cualificación típica en el instrumento....269
1.4.3.3 La autoría mediata en los "aparatos organizados de poder"....270
1.4.3.4 La tentativa en la autoría mediata....272
2. LA PARTICIPACIÓN: LA COMPLICIDAD EN EL DELITO....273
2.1 CONCEPTO Y FUNDAMENTO....273
2.2 LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN....274
2.3 CLASIFICACIÓN DOGMÁTICA: LA INDUCCIÓN Y LA COMPLICIDAD....275
2.3.1 La inducción....276
2.3.2 La complicidad....278

2.4 LA REGULACIÓN DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL 282
2.4.1 Modalidades de inducción.....283
2.4.2 Modalidades de complicidad en sentido estricto 283

TEMA 7
LA ANTIJURIDICIDAD. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

1. LA ANTIJURIDICIDAD
1.1. LA ANTIJURIDICIDAD COMO REQUISITO DEL DELITO
1.2. ¿QUÉ ES ENTONCES LA ANTIJURIDICIDAD?
1.3 ¿PARA QUÉ SIRVE LA ANTIJURIDICIDAD?
1.4. SOBRE EL CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD

2. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.
2.1. CONCEPTO DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN
2.2. FUENTES DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN
2.2.1. Fuentes posibles de las causas de justificación
2.2.2. Fuentes de las causas de justificación en el ordenamiento penal de la República Dominicana
2.3. FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN
2.3.1. El principio de ponderación de intereses
2.3.1. Valor de acción y valor de resultado
2.4. ERRORES EN RELACIÓN CON LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

3. LA LEGÍTIMA DEFENSA.
3.1. El FUNDAMENTO DEL CARÁCTER JUSTIFICANTE DE LA LEGÍTIMA DEFENSA
3.2 LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA
3.3. PRIMER REQUISITO: AGRESIÓN ILEGÍTIMA Y ACTUAL A BIENES INDIVIDUALES
3.3.1. Agresión
3.3.2. Ilegítima
3.3.3. Actual
3.3.4. A bienes individuales
3.3.5. No provocada por el defensor.
3.4. SEGUNDO REQUISITO: LA NECESIDAD DE LA DEFENSA
3.5. TERCER REQUISITO: LA VOLUNTAD DE DEFENSA
3.6. LA LEGÍTIMA DEFENSA DESPROPORCIONADA

4. EL ESTADO DE NECESIDAD
4.1. EL FUNDAMENTO DEL CARÁCTER JUSTIFICANTE DEL ESTADO DE NECESIDAD
4.2. EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA
4.3. PRIMER REQUISITO: SITUACIÓN DE NECESIDAD
4.4. SEGUNDO REQUISITO: EL MAL CAUSADO NO ES MAYOR
QUE EL QUE SE TRATABA DE EVITAR
4.5. TERCER REQUISITO: LA VOLUNTAD DE SALVACIÓN

5. EL CONSENTIMIENTO
5.1. CONCEPTO Y NATURALEZA
5.2. EL CONSENTIMIENTO EN EL CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA
5.3. REQUISITOS

6. EL EJERCICIO DE UN DERECHO Y EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

6.1. EL EJERCICIO DE UN DERECHO
6.1.1. Fundamento
6.1.2. Supuestos
6.2. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER
6.2.1. Fundamento
6.2.2. Supuestos: detenciones, uso policial de la fuerza, obediencia debida

TEMA 8
LA CULPABILIDAD

1. INTRODUCCIÓN. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD
2. PERSPECTIVA FORMAL: CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y FUNDAMENTO
2.1. ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD
2.2. CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD: EVOLUCIÓN HISTÓRICA
2.2.1. La concepción psicológica de la culpabilidad
2.2.2. La concepción normativa de la culpabilidad
2.2.3. La concepción normativa en el finalismo
3. PERSPECTIVA MATERIAL: EL FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD
3.1. EL FUNDAMENTO BASADO EN EL LIBRE ALBEDRÍO
3.2. EL FUNDAMENTO BASADO EN RAZONES PREVENTIVAS
3.3. LA CULPABILIDAD COMO ATRIBUCIÓN INTERSUBJETIVA
4. LA INIMPUTABILIDAD
4.1. CONCEPTO. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD.
4.2. SUPUESTOS DE INIMPUTABILIDAD
4.2.1. Introducción. Regulación en el Código Penal
4.2.2. Anomalía psíquica y trastorno mental transitorio
4.2.3. Intoxicación plena por alcohol u otras drogas
4.3. LA INIMPUTABILIDAD PROVOCADA: LA DOCTRINA DE LA ACTIO LIBERA IN CAUSA
4.4. LA MINORÍA DE EDAD
5. EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD. EL ERROR DE PROHIBICIÓN
5.1. PLANTEAMIENTO. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y REGULACIÓN LEGAL
5.2. CONCEPTO, TERMINOLOGÍA Y CLASES
5.3. TEORÍAS SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN
5.3.1. Teoría del dolo
5.3.2. Teoría de la culpabilidad
5.3.3. La teoría restringida de la culpabilidad. Referencia al error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación (error indirecto)
5.4. CONCRECIONES SOBRE EL ERROR INDIRECTO: EJEMPLOS Y POSTURAS DOCTRINALES
5.5. EL CONTENIDO DE LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD. DISTINCIÓN ENTRE EL ERROR VENCIBLE Y EL INVENCIBLE
6. LA INEXIGIBILIDAD COMO ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD. LAS LLAMADAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN
6.1. PLANTEAMIENTO
6.2. REGULACIÓN EN LA LEY DOMINICANA
6.3. CAUSAS DE EXCULPACIÓN MÁS HABITUALES
6.3.1. Miedo insuperable
6.3.2. Estado de necesidad exculpante

TEMA 9
LAS CIRSCUNTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD Y LA PLURAILDAD DE DELITOS

1. TEORÍA GENERAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS 365
1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA 365

2. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES 367
2.1 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES. NOCIONES GENERALES 368
2.2 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN EL DERECHO PENAL DOMINICANO 368
2.3 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES OBJETIVAS Y SUBJETIVAS 369
2.4 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECIALES Y GENERALES. 370
2.5 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES LEGALES Y JUDICIALES 370
2.6 LOS DIVERSOS TIPOS DE AGRAVANTES 370
2.7 AGRAVANTES ESPECIALES 370
2.7.1 Del homicidio 370
2.7.1.1 Las relativas a la manera o medio empleado para cometerlo 371
2.7.1.2 Las relativas a la calidad de la víctima o a su edad 371
2.7.2 Del robo 371
2.7.2.1 Las relativas al tiempo de comisión de la infracción 371
2.7.1.2 Las relativas al lugar de comisión del ilícito 371
2.7.2.3 Las relativas a la manera de comisión del robo 371
2.7.2.4 Las relativas a la calidad de la víctima o del autor de la infracción 372
2.7.3 De la estafa 372
2.7.4 Del abuso de confianza 372

2.8 AGRAVANTES GENERALES 372
2.8.1 La calidad de funcionario público 372
2.8.2 La reincidencia 373

3. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES. NOCIONES GENERALES 374
3.1 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PROPIAMENTE DICHAS 374
3.1.1 Prohibición de aplicación de las circunstancias atenuantes 375
3.1.2 Efectos de las circunstancias atenuantes 376

3.2 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES ESPECIALES O EXCUSAS 377
3.2.1 Diversos tipos de excusas 378

3.3 EFECTOS DE LAS ATENUANTES ESPECIALES O EXCUSAS 379
3.4 DIFERENCIAS ENTRE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PROPIAMENTE DICHAS Y LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES ESPECIALES O EXCUSAS 380

4. COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL 380
4.1 COMUNICABILIDAD DE LAS ATENUANTES 380
4.2 COMUNICABILIDAD DE LAS AGRAVANTES 381

5. UNIDAD Y PLURALIDAD DE HECHOS 382
5.1 CONCURSO DE INFRACCIONES 382
5.2 CONCURSO DE LEYES Y EL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM 384

5.3 SISTEMA ADOPTADO POR EL CÓDIGO PENAL DOMINICANO....384
5.3.1 Consecuencias de la regla de no cúmulo o absorción de las penas....385
5.3.2 Excepciones a la regla del no cúmulo de penas....386

TEMA 10
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO. LA PENA Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

1. PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD....391
1.1 CONCEPTO POSITIVO DE PENA....392
1.2 CONCEPTO NEGATIVO DE PENA....393
1.3 CARÁCTER SANCIONADOR DE....392
LA PENA EN EL CONCEPTO TRADICIONAL....394
1.4 EL FIN DE LA PENA: DE LO ABSTRACTO A LO REAL....396
1.5 EL SISTEMA PENAL DOMINICANO ES INCOHERENTE
CON RESPECTO AL FIN DE LA PENA....398
1.6 PENA Y DERECHOS HUMANOS....400
1.6 CONCEPTO DE MEDIDA DE SEGURIDAD....402
1.4 DIFERENCIAS ENTRE PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD....402
1.9 EL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN....404

2. LAS PENAS. CLASIFICACIÓN: PRIVATIVAS DE LIBERTAD,
DE OTROS DERECHOS Y MULTAS....406
2.1. CRITERIOS FILOSÓFICOS Y POLÍTICOS QUE INFLUYERON
EN EL SISTEMA DE PENAS ESTABLECIDO EN....406
LA REPÚBLICA DOMINICANA.....406
2.1.1 Pena y desarrollo social....406
2.1.2 El sistema de penas adoptado originalmente en República Dominicana....408
2.1.3 Instinto y razón en el devenir de la pena....409
2.2. LA PENA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DOMINICANO.
EL CÓDIGO PENAL DE 1884....411
2.2.1 Primacía de las teorías absolutas o de la retribución justa
en la legislación penal dominicana....411
2.2.2 Teorías relativas o de la prevención en la legislación dominicana....413
2.2.2.1 Teoría de la prevención general....413
2.2.2.2 Teoría de la prevención especial....414

2.3 CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS....415
2.3.1 Clasificación en función de su gravedad....415
2.3.2 Clasificación en función del bien jurídico afectado....417
2.3.2.1 Penas privativas de libertad....418
2.3.2.1.1 Penas fijas....419
2.3.2.1.2 Penas flexibles....420
2.3.2.2 Penas privativas de otros derechos....422
2.3.2.3 La pena de multa....423
2.3.2.4 Las penas de policía....424
2.3.3 Las medidas de seguridad en la legislación penal dominicana....425
2.3.4 Las penas y las medidas de seguridad en la legislación penal especial moderna:
las Leyes 50- 88 y 24-97....426

2.3.4.1 Las penas en la legislación penal especial moderna: las Leyes 50- 88 y 24-97.....426
2.3.4.1.1 La Ley 50-88 426
2.3.4.1.2 La Ley 24-97 427
2.3.4.2 Las medidas en la legislación penal especial moderna: las Leyes 50- 88 y 24-97 429
2.3.4.2.1 La Ley 50-88 429
2.3.4.2.2 La Ley 24-97.....430

3. DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA DOMINICANO.....432
3.1 CONCEPTO.....432
3.2 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE RIGEN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA 435
3.2.1 Legalidad 435
3.2.2 Respeto a la dignidad humana.....436
3.2.3 Principio de proporcionalidad.....437
3.3 LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA LEGISLACIÓN DOMINICANA.....439
3.3.1 Determinación de la pena cuando existen circunstancias atenuantes 439
3.3.2 Determinación de la pena en caso de circunstancias agravantes 440
3.3.3 Determinación de la pena en casos de reincidencia 441
3.3.4 La determinación de la pena en caso de tentativa.....443
3.3.5. Determinación de la pena en caso de excusas 444
3.3.6 Derecho penal de hecho, Derecho penal de autor y determinación de penas...445

3.4 LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA NUEVA NORMATIVA PROCESAL PENAL...445
3.4.1 La obligación de motivar.....446
3.4.3. El perdón judicial 448
3.4.2 La suspensión condicional de la pena 451
3.4.3 Condiciones especiales de cumplimiento de la pena.....451
3.4.4 Cumplimiento de la pena en el extranjero.....452
3.4.5 Juicio sobre la pena, como factor de control de la determinación.....452
3.4.6 La determinación de la pena en el juicio abreviado.....453
3.4.7 La cuantía de la pena como medio de impugnación.....454

3.5 CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD,
LA INDIVIDUALIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL JUDICIAL
DE LA EJECUCIÓN.....457
3.5.1 Judicializaciòn de la ejecución de la pena.....457
3.5.2 Prescripción de la pena.....459
3.5.3 El cómputo de la pena privativa de libertad 459
3.5.4 Unificación de las penas 460
3.5.5 El cumplimiento de la pena.....460
3.5.6 Cumplimiento de las medidas de seguridad.....462
3.5.7 La libertad condicional 463

TEMA 11
GUÍA METODOLÓGICA PARA LA SOLUCIÓN CON CASOS PENALES

1.1 LAGUNAS BREVES NOCIONES INTRODUCTORIAS SOBRE EL SENTIDO PRÁCTICO DE LA TEORÍA DEL DELITO 469
1.1.1 El punto de partida del funcionamiento del sistema 469
1.1.2 Derecho penal, derecho procesal penal y política criminal 469

1.2 LA TEORÍA DEL DELITO Y LA JUSTICIA PENAL NO ARBITRARIA 471
1.2.1 El proceso de subsunción, la garantía de igualdad ante la ley y los diferentes niveles de la teoría del delito 472

2 EL SENTIDO DE LAS REGLAS METÓDICAS DEL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE 474
3. FUNCIONES DEL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE 476
3.1 EVITAR LA ARBITRARIEDAD CONTROLABILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES 477
3.3 INTERPRETACIÓN ORGÁNICA DEL SISTEMA JURÍDICO 478
3.4 ASEGURAMIENTO DE LA VISIÓN DE LÓGICA SISTEMÁTICA DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA 478
3.5 TRASLADO OPERATIVO DE LOS LÍMITES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 478
4. EL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE EN EL SISTEMA PENAL 479

5. ¿QUÉ ES UN CASO? 480
6. LOS DIFERENTES ÁMBITOS DE LA SUBSUNCIÓN 481

7. EL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE COMO UN CAMINO ARGUMENTAL PREFIJADO E INMODIFICABLE 481
7.1 EL SISTEMA COMO UN MÉTODO NO MALEABLE 481
7.2 LA ELECCIÓN ENTRE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE TEORÍA DEL DELITO COMO PASO PREVIO 483

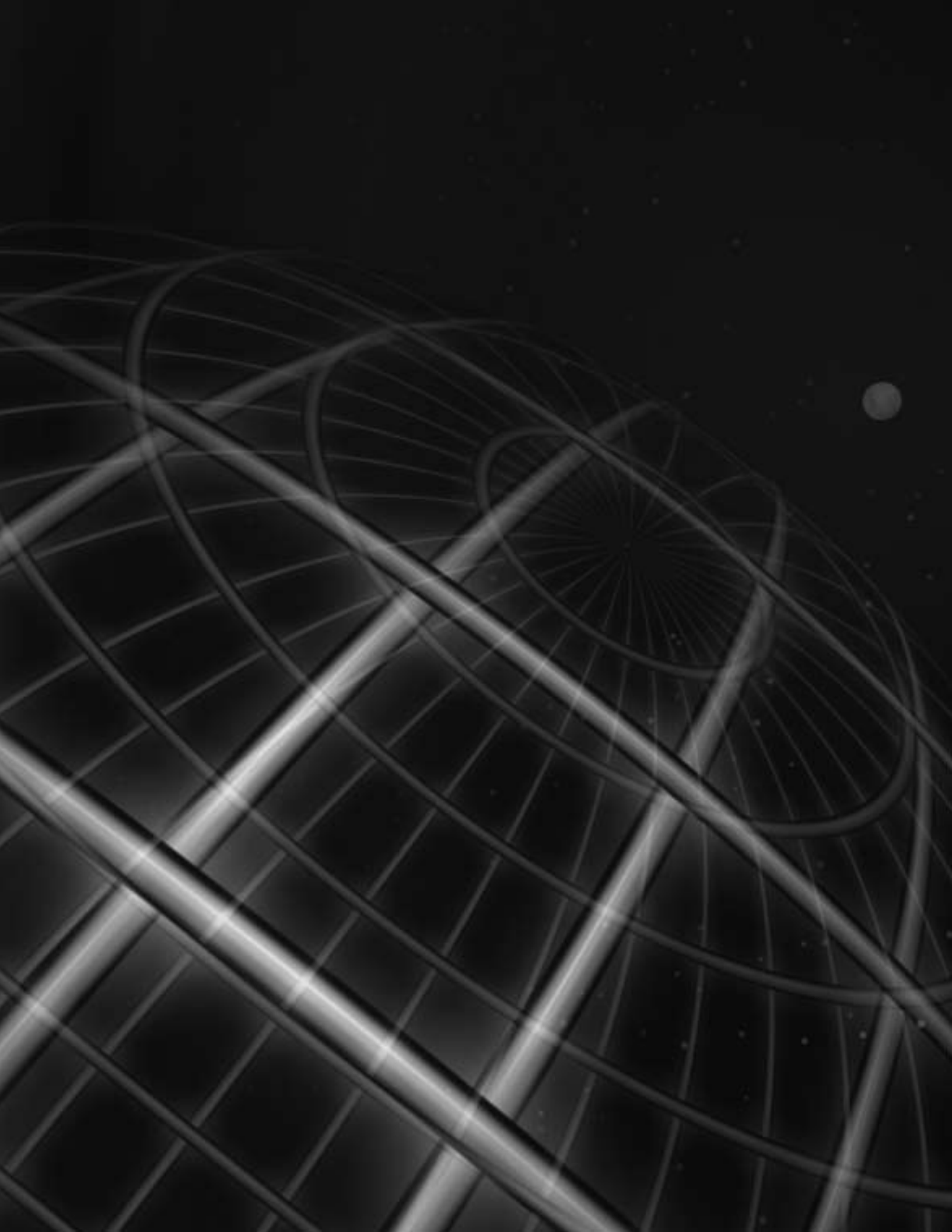
8 EL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE Y EL TRATAMIENTO ORGANIZADO DEL SUPUESTO DE HECHO Y DEL SUPUESTO NORMATIVO 483
8.1 LOS PUNTOS DE PARTIDA DE LA ORGANIZACIÓN SISTEMÁTICA 483
8.2 LA SUBSUNCIÓN 484

9 EL CAMINO PERMANENTE ENTRE EL MUNDO DE LOS HECHOS Y EL MUNDO NORMATIVO 484

10. SUGERENCIAS METODOLÓGICAS ADICIONALES PARA EL TRATAMIENTO DE LOS CASOS PENALES 484
10.1 EL CASO 484
10.2 LAS NORMAS 485
10.3EL ORDEN TEMPORAL DEL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO. ¿QUÉ HAY QUE HACER EN CADA ETAPA? 485

11 LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL CASO 488

12 EL DICTAMEN 491



Presentación

El trabajo que está realizando la Escuela Nacional de la Judicatura con el objetivo de elevar el nivel de conocimiento de los jueces del orden judicial de la República Dominicana, con toda seguridad ha alcanzado numerosos frutos en el orden institucional, como son la superación de la calidad jurídica de las sentencias, la mejor aplicación de la ley y el logro de un mayor respeto a los derechos de todas las partes del proceso.

La presente publicación se enmarca dentro de los esfuerzos destinados a la consecución de un poder judicial dominicano cada día más capacitado y más respetuoso del orden legal.

Este material bibliográfico titulado "Teoría del Delito", dividido por razones metodológicas en dos partes, indudablemente constituye un soporte de gran utilidad en la tarea de profundizar los conocimientos del juez con relación a los conceptos fundamentales de las ciencias penales. Aquí se desarrollan magistralmente numerosos capítulos tomando como fundamento las opiniones de diversos tratadistas; siendo el mérito mayor de esta publicación la inserción de artículos del Código Penal Dominicano, lo que convierte este texto en un importante instrumento de trabajo para los magistrados de la República Dominicana.

En el primer tomo se exponen, de manera comprensible y didáctica, temas de gran interés como son, el derecho penal como medio de control social. Fines de la pena. Ámbito espacial de la ley. La comisión delictual; la acción y la omisión. Delitos dolosos, delitos culposos y el error. La tentativa y el desistimiento voluntario. La autoría y la complicidad.

En la parte II de esta obra se desarrollan puntos de importancia capital, como la legítima defensa y el estado de necesidad. Fundamentos de la culpabilidad; la imputabilidad y la inimputabilidad. Condicionamiento cultural y obediencia debida. Las circunstancias agravantes y las circunstancias atenuantes. Unidad y pluralidad de hechos delictivos. Las penas y las medidas de seguridad; penas privativas de libertad, penas pecuniarias y penas restrictivas de derechos. La determinación de la pena en el sistema de justicia dominicano. El perdón judicial, la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional. Guía metodológica para la solución de los casos penales. Sugerencias para el tratamiento de los casos penales.

La importancia del dominio de los referidos temas, por parte de los jueces, se deriva de que la ley penal resulta imprescindible para el funcionamiento y la preservación de las naciones; toda vez que el delito es a la sociedad lo que una herida cortante es al cuerpo humano; por ese motivo la sociedad en cuyo seno se ha cometido un delito tiene la imperiosa necesidad de procurar sanación, igual que el ser humano que ha sufrido una estocada con un arma cortante necesita curarse. En ese orden de ideas, podemos afirmar que mientras la persona que ha padecido una herida encomienda al médico la tarea de aplicar desinfectante, antibiótico, tintura de yodo, la sutura de la piel perforada, etc., la sociedad ha delegado en el juez la aplicación de las penas a los culpables de comportamientos delictivos.

En el caso del cuerpo humano, si la herida no restaña y la persona no sana, muere como consecuencia de una hemorragia. Del mismo modo, si la sociedad no penaliza a los autores y cómplices de los crímenes y delitos ocurridos en su seno, pierde la capacidad de proteger a la ciudadanía y de garantizar el mantenimiento del orden público interno; con lo cual la nación deja de merecer que la comunidad internacional la siga reconociendo como país organizado, con suficiente autoridad para hacer valer su condición de Estado soberano con capacidad de autodeterminación.

Los jueces están en el deber de capacitarse, a fin de cumplir cada vez mejor su rol en la sociedad. Ellos tienen un alto compromiso con la nación, en razón de que están investidos de la autoridad que ofrece la ley para conocer y decidir los conflictos surgidos entre sus conciudadanos.

La especial significación que tiene para los jueces el conocimiento cabal de los temas aquí desarrollados, se fundamenta en la incuestionable verdad expresada a continuación: sólo es posible juzgar con equidad, respetando los sagrados derechos del imputado y de la víctima, si se entiende plenamente el contenido, significado y alcance de la ley.

El juzgador de conductas humanas no debe desconocer que el conglomerado social cada vez requiere que él esté presente en mayor cantidad de situaciones de conflicto, ya que es una tendencia generalizada atribuir al derecho penal la responsabilidad de dar solución a hechos y fenómenos que en realidad son ajenos a la esfera

de acción de esta ciencia, por no ser problemas delictivos, sino problemas sociales. Así, muchas personas y sectores pretenden poner a cargo del derecho penal la solución de los males generados por la prostitución, la mendicidad, el juego de azar obsesivo, la vagancia, los trastornados mentales que deambulan por las calles, etc.

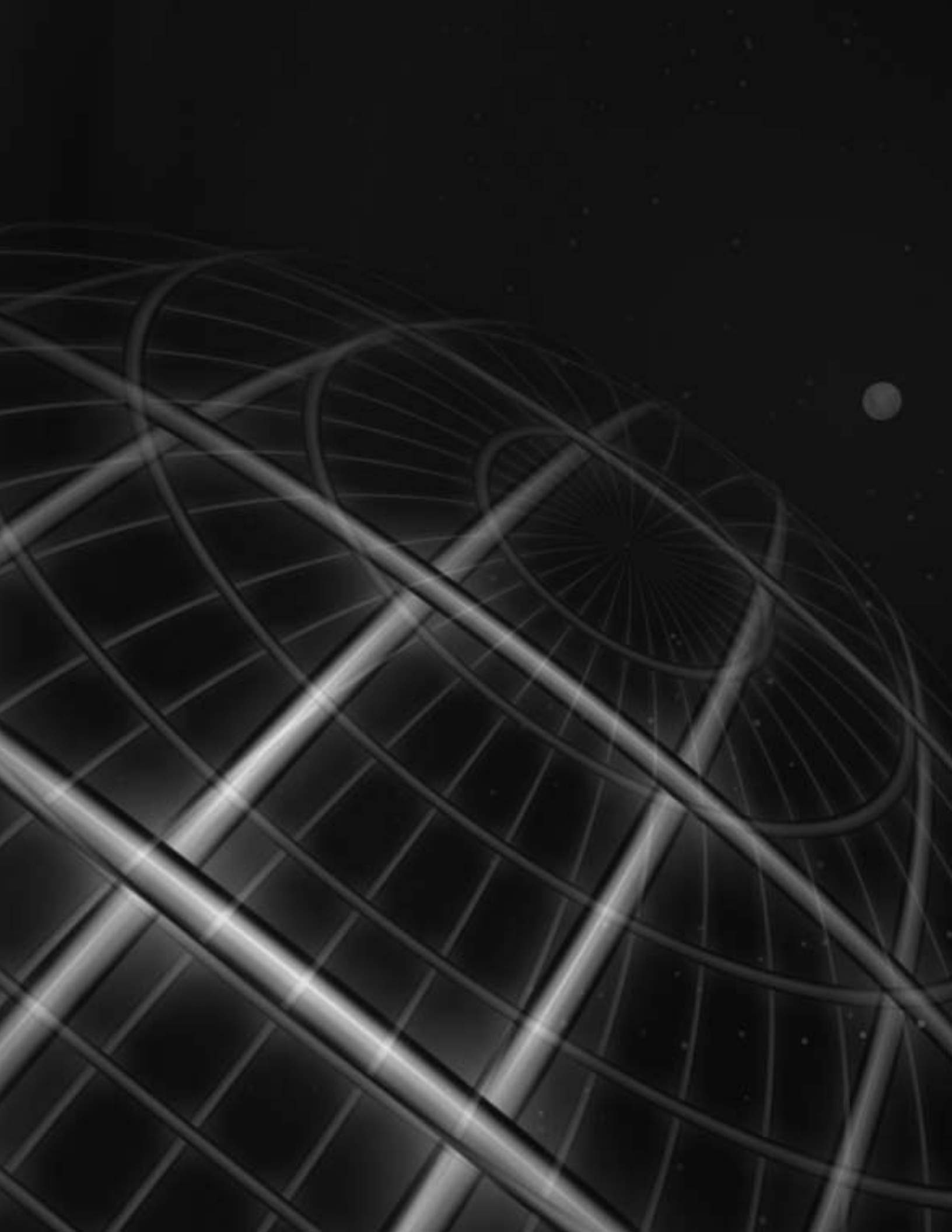
Más aun, cuando algunas ramas de las ciencias jurídicas, extrañas al derecho penal, fracasan en su labor reglamentaria y organizativa, pretenden buscar la solución, tras su incapacidad, en la jurisdicción represiva. Así, existen autores que han sostenido con vehemencia que los tribunales encargados de juzgar y decidir sobre las materias electoral, fiscal, inmobiliaria, laboral, etc., no deberían ser competentes para imponer las sanciones penales que establecen las respectivas legislaciones, y sugieren que se establezca mediante ley que sean transferidos o declinados esos casos a la justicia penal ordinaria. Todo lo precedentemente expuesto constituye un reto cada vez mayor para los jueces penales, ya que en la medida en que pase el tiempo es mayor su carga de trabajo, en razón de que el legislador, por una parte, extiende la competencia de estos magistrados para conocer de los asuntos más diversos, y por otra parte, crea nuevos delitos o comportamientos prohibidos.

Como lógica consecuencia del fenómeno legal antes señalado, para poder dar respuesta exitosa a la demanda de una mayor presencia del juez penal, estos funcionarios judiciales deben incrementar las horas de estudio, a fines de profundizar sus conocimientos y actualizarse; para lo cual se requiere repasar cuidadosamente los temas jurídicos tradicionales y analizar las opiniones técnicas de los tratadistas modernos, así como recibir adecuado entrenamiento en cuanto a realizar análisis crítico e interpretativo del derecho penal.

No basta recibir la enseñanza de la rica práctica diaria, se requiere, además, nutrirse de la teoría, para así entender a plenitud la tarea que se desarrolla al aplicar la ley represiva. Con toda seguridad que el juzgador de comportamientos criminales, por más experimentado que sea en esa tarea judicial, sentirá la más amplia y profunda paz espiritual al condenar a un imputado a quien se le ha probado debidamente su culpa, si conoce a profundidad que las funciones técnicas de las penas que él impone son la protección a la comunidad, la ejemplarización y el desagravio social, así como la reeducación y regeneración del infractor.

Cuando el juez estudia y analiza conceptos sobre la teoría del delito, para reflexionar sobre los mismos, está en mejores condiciones de entender la enorme responsabilidad social que tiene al aplicar día tras día la ley penal, dándole así mayor fundamentación y consistencia al ejercicio de su cargo.

Edgar Hernández Mejía
Juez de la Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia
8 de septiembre de 2007



Introducción

Manuel Ulises Bonelly Vega
Juez de la Cámara Penal de la Corte de Apelación
Distrito Nacional, República Dominicana.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEGISLACIÓN PENAL DOMINICANA

Al momento en que nuestro continente fue conocido por el mundo occidental los habitantes de nuestra isla se encontraban en un momento cultural semejante al neolítico del continente europeo. Así, como en el neolítico, nuestra isla sólo disponía de una organización social, política y económica con características primitivas.

En torno a la administración de justicia se ha afirmado que la misma estaba a cargo de ancianos que rendían decisiones con carácter irrevocable. Otros afirman que esto no puede ser, afirmado categóricamente debido a la falta de pruebas contundentes y a la existencia de muy escasos datos que puedan revelar las normas que se aplicaban durante esta etapa histórica. Así, por ejemplo, se ha comprobado que existían normas que prohibían y castigaban el robo y el incesto[1].

A partir de 1492 nuestro territorio, al igual que toda América, pasó a ser colonia española. Sin embargo, nuestra isla no se mantuvo todo el tiempo bajo el imperio español, como sí ocurrió con la mayoría de los países americanos. De este modo, la parte de la isla de Santo Domingo[2] que hoy corresponde a República Dominicana fue colonia de modo sucesivo de España (1492-1801), Francia (1801-1809), España (1809-1821[3]) , Independencia Efímera (1821-1822)[4] , y de Haití (1822-1844)[5].

1 VEGA, WENCESLAO. *Historia del Derecho Dominicano*. Impresora Amigo del Hogar. Santo Domingo, República Dominicana. 2004, p. 18.
2 Nombre con el que fue bautizada nuestra isla al momento del descubrimiento por Cristóbal Colón.
3 Este período se conoce en nuestra historia como el de la "España Boba" porque a la sazón España estaba siendo gobernada por José Bonaparte, hermano de Napoleón. Es decir, nuestra isla pasó de estar gobernada por Francia directamente a estar gobernada indirectamente por ella a través de un Estado usurpado por ella misma.
4 Este fue un período en el que hubo un intento de separación de toda potencia extranjera pero que por su pronto fracaso y corta duración se conoce bajo el nombre de Independencia Efímera.
5 La República de Haití había surgido desde 1802 en la parte oriental de la isla de Santo Domingo.

A pesar de que en nuestra isla imperó una mayor tradición hispánica, en el momento de la fundación de la nación dominicana como Estado independiente, el legislador de la época optó por tomar de modelo la legislación francesa. De esta manera, durante nuestro primer período histórico conocido como "Primera República", se adoptan los llamados Códigos Franceses de la Restauración.

Se desconoce la razón precisa que llevó al legislador criollo a la adopción de la legislación francesa, y no otra. Sobre este aspecto se afirma que en 1845 se optó por los códigos franceses y no por los de otra nación o por crear códigos propios en vista de que "…..en aquel momento pareció lo más natural y no se protestó por ello, ni hubo discusiones en el Congreso al presentarse el proyecto de ley. Parece que hubo consenso en que la codificación del país debía ser la francesa y que ni debía conservarse la haitiana ni volver a las antiguas leyes del período colonial español….. Es evidente que los 22 años de legislación haitiana[6] habían acostumbrado a los juristas dominicanos al sistema legal francés……"[7].

El Código Penal francés de la Restauración que estaba vigente en aquel país desde 1832 fue el texto adoptado por nuestro país como norma reguladora del derecho penal. El mismo fue puesto en vigor en el año 1845, en su lengua original, a pesar de que en nuestro país no se comprendía tal idioma[8].

Este texto en idioma francés estuvo vigente incluso después de la época de la Anexión a España[9] y luego de la Restauración de la República. Ya en 1884 aparece, por primera vez, una versión en idioma castellano que resultó de la traducción, localización y adecuación ordenada por el gobierno dominicano en el año 1883 a una comisión de connotados juristas de la época.

Desde esta época nuestro Código Penal no ha sido sometido a ningún tipo de modificación significativa, pensada ni consensuada, siendo tan solo objeto de pequeñas y aisladas reformas. La más reciente de ellas fue la incorporada mediante la ley 24 del año 1997, que inserta nuevas infracciones en aspectos muy particulares, especialmente en lo relativo a la violencia de género e intrafamiliar.

El letargo en que se ha mantenido el derecho penal dominicano obedece a razones de diversos órdenes. En primer lugar se puede decir que desde 1845 la República Dominicana ha experimentado diversas situaciones en el orden social, político y económico que han absorbido el tiempo de todos aquellos sectores que pudieron haber tenido el interés o la facultad para generar los cambios necesarios en la legisla-

6 Los haitianos se habían separado de Francia pero habían conservado su legislación con muy pocos cambios.

7 VEGA B. WENCESLAO, cit. p.216

8 RAMOS, LEONCIO. Notas de *Derecho Penal Dominicano*. Editora Punto Mágico. Santo Domingo, República Dominicana, 4ª Edición. 2002, p. 56.

9 Luego de la independencia nacional y en el año 1861 nuestro país fue anexado a España. Esta anexión duró hasta 1865, cuando se restauró la República. Durante este breve período imperaron las leyes españolas pero con la Restauración se regresó al status quo anterior y por ende a la legislación penal francesa.

ción penal. En pocas palabras, la realidad imperante en cada momento de la historia dominicana ha determinado que el centro de atención de las grandes mayorías y de la clase dominante se haya dirigido hacia otros aspectos rubros y que, por supuesto, la legislación penal haya ocupado un nivel de importancia secundario.

En sentido general, estos fenómenos y situaciones se pueden comprender si se conocen los más importantes acontecimientos experimentados durante las distintas épocas de la historia local.

La primera etapa de la historia dominicana es la comprendida entre los años 1844 a 1861 y ha sido nominada como de Primera República. Este período se encuentra caracterizado por grandes y constantes convulsiones políticas y enfrentamientos entre grupos, principalmente encabezados por los caudillos Buenaventura Báez y Pedro Santana, quienes se alternan en el poder. Durante esta época, cuyo declive se ubica a partir de 1857, el Código Penal se mantuvo, incluso sin haberse traducido al castellano.

Para 1861 la República Dominicana, por voluntad de sus gobernantes, vuelve a convertirse en provincia española de ultramar. Tal situación desata una división entre los partidarios de la anexión y los defensores del ideal de independencia pura que había proclamado la República hacía tan sólo 17 años. La anexión culmina con el triunfo de la Restauración de la República en 1865, iniciándose lo que se conoce como Segunda República.

Este período se caracteriza, principalmente, por un amplio divisionismo político en varios grupos y subgrupos. En tan sólo 17 años hubo 23 gobiernos distintos. En ocasiones incluso existieron gobiernos paralelos. Toda esta convulsión y división creó las bases para la consolidación del liderazgo de Ulises Hereaux quien, tras llegar al poder, instituye una dictadura que se extiende hasta 1899. Es durante este gobierno que se ordena y lleva a cabo la traducción al castellano del texto en francés que imperaba en ese momento.

Las grandes deudas contraídas por nuestro país con el extranjero lo sumergieron en una difícil situación económica que, a su vez, sirvió de excusa para que Estados Unidos realizara, en 1916, la primera intervención armada del territorio dominicano. Esta intervención se extendió desde 1916 a 1924.

Durante la ocupación norteamericana se insertaron grandes modificaciones en la legislación dominicana, destacándose principalmente la organización del sistema de propiedad de la tierra y la ley general de educación. El sistema penal material, empero, se mantuvo prácticamente intacto, salvo lo relativo a la incorporación del Hábeas Corpus en el ámbito procesal, que se destaca como uno de los grandes aportes.

Tras el retiro de los norteamericanos se instauró un gobierno libremente elegido, encabezado por Horacio Vásquez, quien durante su segundo período presidencial fue víctima de un golpe de Estado que llevó al poder a Rafael Leonidas Trujillo Molina,

un militar dominicano que había hecho carrera oficial durante la intervención, por lo cual era una figura del agrado de los Estados Unidos.

A través de múltiples métodos, entre los que se enumeran la represión, el espionaje, la traición, el culto al tirano y la apropiación de los bienes del Estado, Trujillo permanece en el poder por más de treinta años e instauró la que, para muchos, constituye la más cruel y férrea dictadura conocida en Latinoamérica.

El período medio de la dictadura coincide con los grandes cambios que, en el orden mundial, experimentó el derecho penal, muy especialmente luego de transcurrida la Segunda Guerra Mundial. Estas corrientes liberales, por supuesto, no encajaban dentro de un régimen dictatorial. Por tal motivo, durante toda esta etapa, a pesar de que se contaba con el material humano intelectual para haber desarrollado plenamente una evolución del pensamiento penal, el mismo se mantuvo estático y anticuado tal y como convino al dictador y a su interés de manejar el país como si se tratara de un feudo personal.

Las escasas modificaciones que se insertaron en el Código Penal durante esta época, tuvieron por propósito acomodar la ley a los intereses del tirano. Tal es el caso de la modificación que se le hiciera al artículo 405 del Código Penal, que sanciona el delito de estafa y al cual se le agregó un párrafo que establece penas considerablemente más graves cuando la víctima del delito es el Estado dominicano o cualquiera de sus instituciones; modificación que tuvo como motivo una estafa de la que fue víctima el Estado en la construcción de una obra. En segundo lugar se puede mencionar la incorporación del magnicidio como agravante del homicidio cuando este recae en la persona del Presidente de la República.

El final de la dictadura tuvo lugar en 1961 y con ésta la esperanza del establecimiento de un régimen democrático. La situación política, social y económica volvería, sin embargo, a impedir cualquier intención de reforma penal.

El primer gobierno elegido democráticamente que el de Juan Bosch, quien resulta derrocado siete meses después por un golpe de Estado militar tras el cual se instauró un régimen de facto que acarrea una guerra civil, cuyo estallido se ubica en abril del 1965, acontecimiento que sienta las bases para la segunda intervención militar norteamericana.

Retornada la calma se establece un gobierno provisional que celebra las elecciones en 1966. Durante esta etapa de transición, en la legislación penal especial se aprueba la ley 36 sobre porte y tenencia ilegal de armas, ley severa cuyo propósito político criminal fue lograr el desarme general dada la gran cantidad de armas que estaban en manos de la población civil como consecuencia de la revuelta armada.

Mediante estas elecciones resulta electo como Presidente de la República uno de los más cercanos colaboradores de Trujillo: el Doctor Joaquín Balaguer, quien gobierna el país durante 12 años apoyado en la estructura militar y policial.

Uno de los principales instrumentos penales utilizados en esa época fue la ley que prohibía la práctica comunista. Una ley a todas luces contraria a la Constitución y al libre ejercicio de las ideas consagrado por ella. Claro está que bajo el concepto de comunista se consideraba a todo aquel que, de algún modo, manifestara oposición al gobierno de turno. Evidentemente que al sistema político instaurado por Balaguer le resultaba más útil un Código Penal como el nuestro de neto corte inquisitorial y, en consecuencia, más en sintonía con un régimen aparentemente democrático, pero ciertamente despótico.

Durante este período, en el ámbito penal, sólo se puede destacar la aprobación de la ley que sanciona el delito de secuestro; esta inserción obedeció, como siempre, a una necesidad coyuntural tras el secuestro del agregado militar de la Embajada de los Estados Unidos. Naturalmente, durante estos años el país concentró sus esfuerzos en concretar avances en el ámbito político y social. El derecho penal, como tema de interés político, quedó pues relegado a un plano inferior.

En 1978, luego de un amplio acuerdo de toda la oposición, alcanza el poder el Presidente Antonio Guzmán, quien durante sus cuatro años de gobierno solo alcanzó a desmontar el sistema represivo que se había mantenido. No fue hasta el año 1984 que el gobierno dominicano comenzó a preocuparse por la posibilidad de una reforma. En ese tenor se crearon una serie de comisiones tendentes a la adecuación de los diversos códigos que integran la legislación dominicana. Estas comisiones, sin embargo, sólo se dedicaron a la adecuación formal de estos textos y no registraron [cambio significativo alguno] para la legislación penal.

El retorno al poder de Balaguer, en 1986, mantiene estático el interés por reformar el cuerpo legislativo. Con excepción de ciertos cambios introducidos mediante la legislación especial, sobre todo por presiones internacionales, no se insertaron mayores modificaciones al cuerpo penal dominicano. Tal es el caso de la ley 50-88 sobre drogas y sustancias controladas, así como la aprobación del Código Tributario y del Código Laboral en 1992. Balaguer culmina su último período de gobierno en 1996, manteniéndose el sistema penal prácticamente estático.

El año 1997 se inicia con una importante modificación al Código Penal. Se trata de la ley 24-97 que inserta importantes cambios, sobre todo, en lo relativo a los delitos de violencia de género e intrafamiliar. Esta modificación tiene como fundamento el compromiso contraído por la República Dominicana en el ámbito de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer –Convención Belém do Pará. Pero no cabe duda que esta reforma tuviera lugar, principalmente, gracias al interés que en ella tenían los movimientos feministas locales que lograron imprimir el impulso necesario para lograr la atención del legislador.

Luego de esta reforma y en el mismo año 1997, se crean comisiones con el propósito de elaborar propuestas que planteen profundas y adecuadas reformas a

los diversos códigos. Cada una de estas comisiones elaboraró sus proyectos, que fueron, en su momento, depositados en el Congreso para su posterior aprobación.

Esta iniciativa gubernamental coincide con el surgimiento en el país de un importante movimiento tendente a impulsar la reforma. Todo ello constituye, sin duda alguna, el gran despertar de la ciencia jurídica dominicana. De allí surgieron círculos de apoyo que han logrado, en gran medida, dinamizar la labor reformadora.

Por todo lo expuesto hasta ahora podemos darnos cuenta que las reformas penales en República Dominicana sólo se han llevado a efecto cuando el poder político se encuentra presionado, bien sea por una causa coyuntural, por el interés de la comunidad internacional o por la voluntad de los más importantes bloques de la sociedad civil. Así las cosas, resulta importante generar el movimiento necesario para, desde la sociedad civil, impulsar la reforma del Derecho Penal material, habida cuenta de que en esta materia y en cuanto a los principios generales que lo gobiernan, la República Dominicana se encuentra ubicada en pleno siglo XIX y por tanto inmersa en una evidente discrepancia entre el estado social y el estado jurídico que requiere una urgentísima y profunda revisión y modificación.

2. INFLUENCIAS COMPARADAS

El Derecho Penal dominicano ha estado fuertemente influenciado por el derecho penal de otros países y muy especialmente por el derecho francés. Tal como se expuso en el apartado anterior, nuestro Código Penal fue copiado íntegramente del Código Penal francés de 1832. Pero en la legislación especial son múltiples los ejemplos de leyes que tienen como modelo los franceses. Tal es el caso de la ley sobre expresión y difusión del pensamiento y la ley sobre cheques.

Con la importación de la legislación francesa se introdujo, igualmente, el pensamiento de la doctrina y jurisprudencia de ese país. De ahí que el aporte criollo es escaso o nulo en esta rama.

El aporte proveniente de otras legislaciones es muy aislado, aunque en la época moderna pueden mencionarse algunas leyes. Así, por ejemplo, tenemos el caso de la ley 50-88 sobre drogas y sustancias controladas, que es una copia de la legislación norteamericana, la ley 24-97 sobre violencia de género que resulta de la fusión de la legislación chilena y puertorriqueña, la ley 65-00 sobre propiedad intelectual, que proviene de la legislación venezolana, entre otras.

En el ámbito doctrinal el aporte de la doctrina penal de otros países es muy escaso, aunque resalta un poco la doctrina española gracias a que en determinada época *–en las décadas de los años 30 y 40-* el país contó con la presencia, por cierto tiempo, de destacados juristas provenientes de allí, de donde habían salido al exilio provocado por la situación política imperante en dicho momento en ese país. Tal es

el caso de Constancio Bernaldo de Quirós y Pérez, quien luego radicó en México, y el de su discípulo Luis Jiménez de Asúa, quien luego terminó radicando en Argentina. Durante su corta estadía estos juristas compartieron con el dominicano Leoncio Ramos, sin duda alguna el más preclaro de los penalistas dominicanos. En la obra de éste último se puede inferir claramente la influencia que tuvieron los primeros en él y muy especialmente la influencia de Jiménez de Asúa. En resumidas cuentas, podemos afirmar que el derecho penal dominicano es totalmente importado y que se encuentra completamente influenciado por la legislación comparada, siendo prácticamente nulo, por no decir inexistente, el aporte nacional.

3. APORTES DE LA CIENCIA PENAL NACIONAL

Tal como se ha dicho, el derecho penal dominicano es una copia prácticamente fiel del sistema francés instituido por el Código Penal de 1832 y que se había elaborado sobre el modelo de 1810. En cambio, la mayoría de países latinoamericanos, quizá influidos por el derecho español, han seguido la corriente alemana en el estudio del derecho penal[10].

Cabe señalar que los debates doctrinales que se dieron a partir de la segunda mitad del siglo XIX influyeron para que cada una de las corrientes del derecho penal –*la francesa, la alemana, etc.*- definiera su propia escuela. Así Francia se vio fuertemente influenciada por corrientes filosóficas como las teorías utilitarias de Bentham y la moral de la justicia absoluta de Kant; mientras que, la corriente alemana, resulta influenciada por la corriente filosófica encabezada por Hegel y luego por la escuela positivista de von Liszt.

La corriente alemana, mucho más dinámica que la francesa, ha seguido desarrollando diversas corrientes del pensamiento filosófico penal (neokantismo, funcionalismo, etc.); la corriente francesa, en cambio, se ha mantenido estática. Nuestro país, en consecuencia, se ha mantenido igualmente estático.

En efecto, en su aspecto filosófico penal el derecho dominicano se ha mantenido dentro de la llamada corriente ecléctica francesa,[11] sin que el pensamiento penal haya manifestado interés por avanzar hacia otras corrientes. Así, por ejemplo, el estudio del derecho penal general dominicano no incluye ni se preocupa por analizar la teoría del tipo[12] que gravita como epicentro en el estudio de esta rama en otras latitudes.

10 En los lugares donde se sigue esta corriente al estudio de los principios generales del derecho penal se le llama dogmática penal: Se entiende por dogmática el método científico de estudio de un derecho positivo dado. La dogmática supone la distinción entre el derecho positivo (de lege lata) y el posible (de lege ferenda), y se ocupa del primero. Es el estudio de la construcción del derecho vigente, sobre bases científicas. Cfr. BAILONE, MATÍAS. El saber jurídico penal. Apuntes de la historia de las Ciencias Penales. En http: // www. monografias.com /trabajos14/cienciaspenales /cienciaspenales.shtml.

11 Esta corriente puede ser ubicada, dentro de la dogmática, entre Hegel y von Listz.

12 En esto se asemeja a la teoría dogmática hegeliana en la cual no se manejaba el concepto de tipo. Para esta teoría la acción es voluntaria y libre. Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO. *Manual de Derecho Penal, Parte General.* Ediciones Ediar, Buenos Aires Argentina, 2005, p. 223 y ss y p. 326 § 103.

La discusión doctrinal dominicana ha sido prácticamente nula, conformándose la mayoría con la mera repetición de lo afirmado por la doctrina y la jurisprudencia clásica francesa, a las cuales se sigue prácticamente como palabra divina, a la que hay que creer y dar por cierta como un mandato de fe. No existe escuela particular ni corriente de pensamiento propia. En las aulas el debate penal es inexistente y prima la creencia de que la mera memorización de los textos de ley y de lo afirmado por la jurisprudencia basta para la solución de los casos. En el foro es aún peor; los abogados, en su inmensa mayoría, suponen que el litigio es simplemente leer en voz alta el Código Penal, casi todos los fiscales piensan que demostrar la culpabilidad es tan solo afirmar con palabras, casi mecánicamente, la violación de la ley y un gran número de jueces fallan los casos tal y como lo hizo la jurisprudencia, pues gravita sobre ellos la certeza de que apartarse de ella es apartarse de la verdad.

La muy escasa obra doctrinal escrita localmente se encuentra profundamente influida por la obra doctrinal francesa del siglo XIX tanto en su forma como en su fondo. Al abordar los textos dominicanos en los que se estudia el derecho penal y sus principios, se tiene la sensación de estar leyendo meras traducciones de las obras de los grandes clásicos franceses. La preocupación se centra simplemente en adherirse a tal o cual opinión y sin dar mucha explicación, en determinar cuál es la más acertada de las posiciones encontradas. Los viejos juristas suelen afirmar que no vale la pena discutir o generar nuevas teorías pues existe en ellos la certeza de que en el Derecho ya todo está dicho y escrito por la doctrina y jurisprudencia clásica.

El legislador dominicano ha tenido más interés de debatir otras cosas y no se ha preocupado por elaborar leyes ajustadas a nuestra realidad. Como ocurre con casi toda la legislación, en el derecho penal se ha sido muy poco creativo. Cuando le ha tocado aprobar leyes, ha preferido copiar casi a la letra literalmente la legislación extranjera, pues se tiene la creencia de que lo importado es mejor que lo autóctono. Legislaciones que han funcionado muy bien en sus lugares de origen han sido acogidas y por esta sola circunstancia sin atender a la especificidad de la sociedad dominicana y con la importación de la ley, obviamente, se importa la doctrina y la jurisprudencia.

La apatía por el estudio y discusión de los principios generales incluye, sobre todo, a los abogados y como de este conglomerado salen los jueces, estos sufren del mismo mal. Las más importantes decisiones que han forjado jurisprudencia de principio han sido tomadas por los tribunales dominicanos siguiendo las opiniones que, sobre un determinado punto, había fijado la Corte de Casación Francesa. El trabajo autóctono de la jurisprudencia dominicana, en el ámbito del derecho penal material, se ha limitado a las muy escasas situaciones en que el legislador dominicano decidió, voluntariamente o no, separarse del francés, creando situaciones jurídicas particularmente distintas a las existentes en el modelo francés.

Pero, sin duda alguna, la principal razón por la cual nuestro derecho penal se ha mantenido estático obedece a que los grupos de poder que han dominado en la República Dominicana se han encontrado cómodos con el viejo sistema y no han

considerado su prioridad reformarlo[13]. Los grupos de poder no se han percatado de que el avance hacia un verdadero sistema democrático implica, necesariamente, el uso racionalizado del poder punitivo y la estructuración de una política criminal clara y que obedezca a las necesidades y principios propios de un sistema democrático.

En conclusión, podemos afirmar que en nuestro país no existen, al menos empíricamente comprobables, verdaderos científicos del Derecho Penal. Sólo existen meros seguidores de una corriente del pensamiento que ha quedado fuera de época.

Sin embargo, el movimiento reformador iniciado desde hace una década, constituye una chispa inspiradora que habrá de contribuir en despertar la conciencia en los aficionados al derecho penal de la urgente necesidad de estudiar esta materia en el derecho penal como una verdadera ciencia, lo cual se logra fundamentalmente enriqueciendo el debate y con la formación de las corrientes de pensamiento que coloquen el derecho penal dominicano a la altura de la época.

4. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL DERECHO PENAL DOMINICANO

Ningún autor vernáculo se ha preocupado por estudiar el derecho penal de tal manera que se pueda establecer con precisión cuáles son las características propias de esta rama del derecho en la República Dominicana. Por tal razón, establecer cuáles son los signos que caracterizan nuestro derecho penal es una tarea que emprendemos a sabiendas de que la estamos realizando por primera vez y que, por tal razón, podemos incurrir en omisiones o en sobreabundancia al enumerar o dejar de incluir características que deberían mencionarse.

Hecho el anterior preámbulo podemos comenzar la enumeración de los signos que, a nuestro juicio, caracterizan el derecho penal dominicano.

a) *Positivismo*. El derecho penal dominicano es de naturaleza positivista. Los estudiosos del derecho penal se preocupan poco por el análisis del espíritu de la norma y se conforman más con el estudio del sentido literal de la ley. De esta manera no hay preocupación por determinar si la norma tiene por objeto la protección de algún bien jurídico tutelado o si la norma se ciñe a todos los principios constitucionales y, en especial, al principio de legalidad y a todos los elementos que lo conforman (vgr. razonabilidad, proporcionalidad, utilidad, etc.).

13 Este aspecto podría ser objeto de un estudio de mayor profundidad aunque por el momento baste con decir que en lo afirmado es aplicable por igual a todos los grupos de poder, tanto aquellos que han tenido la oportunidad de gobernar como los que han estado en la oposición, tienen criterio similar.

El positivismo no se ocupa de buscar la esencia de la norma; no se preocupa por ir más allá de la letra de la ley, a la voluntad del legislador para desentrañar de allí el porqué de su existencia.

b) *Anticuado*. Tal como se ha dicho, en la primera parte de este capítulo introductorio, el derecho penal dominicano, en su mayor parte, se encuentra en pleno siglo XIX. El Código Penal dominicano es una copia fiel del Código Penal Napoleónico y por tanto nuestro derecho penal se ubica en esta época. Si tomamos en cuenta que el derecho penal, como instrumento de política criminal, debe tener entre sus principales funciones la de coadyuvar en la disminución del fenómeno criminal, debemos concluir que estamos utilizando un instrumento totalmente anticuado con relación al fenómeno que se pretende combatir.

En efecto, la criminalidad de nuestro tiempo se vale de toda la tecnología disponible, mientras nuestro derecho no ha sido concebido pensando en tales posibilidades. Así las cosas, estamos "utilizando viejas carretas .... para perseguir a una delincuencia organizada que se ha sofisticado, viaja en jets, usa computadores, se sale de los sistemas financieros y bancarios de los países, etc."[14].

La poca labor actualizadora del derecho penal ha estado a cargo de la legislación especial dejando el Código Penal, como instrumento que fija los principios generales del derecho penal, relegado y anticuado, y por tanto por lo cual no dispone de las condiciones suficientes como para cumplir de manera eficiente su función.

c) Abultamiento Cada vez más nuestro derecho penal sufre el efecto inflacionario. Nos encontramos frente a una cada vez mayor y dispersa legislación penal, lo cual presenta múltiples inconvenientes. Con ello el derecho penal dominicano se inclina hacia la descodificación lo que, a su vez, acarrea la pérdida de organización en la legislación y la claridad descriptiva. Se ignora, pues, por completo la idea de código.

A través del fenómeno del abultamiento de la legislación se pretende impresionar a aquellos que se pretender proteger mediante el derecho penal por la monumentalidad de la obra como si ello incidiera en la solución de grandes problemas sociales, cuando en realidad incrementa el clima de inseguridad jurídica y con ello se merma cualquier efecto pretendido.

Por otro lado el abultamiento penal se arriesga a la creación de tipos penales verdaderamente insólitos y poco apegados a la técnica jurídico-penal. El derecho penal, en consecuencia, se convierte en trivial. El abultamiento penal debe ser combatida mediante la codificación y el respeto al principio de reserva de código, según el cual todas las conductas reprochables penalmente deberían quedar incluidas en el Código Penal.

14 BINDER, ALBERTO, *Perspectivas de la Reforma Procesal en América Latina. en Justicia Penal y Estado de Derecho*, Editorial Ad-hoc. Buenos Aires, 1993. p. 209.

d) *Totalmente importado*. Tal como se ha explicado en el apartado 2) del presente capítulo introductorio, la legislación penal dominicana es el fruto casi absoluto de la importación de la legislación de diversos países.

Aunque mayormente el legislador dominicano ha hecho la adopción de manera voluntaria y sin mayor justificación que la "comodidad" de un sistema ya probado, el fenómeno de la importación legislativa ha sido el resultado, en muchos casos, de las directrices trasnacionales que han impuesto legislaciones ordinarias que obedecen a patrones y principios distintos de los contenidos en el Código Penal (vgr. ley 50-88 sobre drogas, ley de propiedad industrial, ley de derecho de autor, etc.). La presión generada por las potencias o por los bloques de naciones provoca, en muchas ocasiones, legislaciones aberrantes totalmente erosionadoras de las garantías de cualquier Derecho Penal democrático. De estas legislaciones surgen muchas figuras jurídicas que, lejos de ajustar el sistema al ideal republicano, rescatan viejas tradiciones propias de los sistemas inquisitivos que llegan a legitimarse al amparo de su alegado sentido práctico.

e) *Sin política criminal definida y clara*. El derecho penal dominicano no responde a ningún modelo de política criminal. Ciertamente el Estado nunca ha definido una determinada política criminal clara y concreta.

Nuestro derecho penal es de un sistema conformado y dotado de una serie de herramientas cuyo propósito político criminal es totalmente ignorado incluso por aquellos que los han elaborado. Nuestro derecho penal, en tanto herramienta de la política criminal, es como un barco que navega sin ruta definida y que como tal corre el riesgo de arribar a cualquier puerto o, simplemente, quedarse a la deriva.

f) *Plagado de tipos penales abiertos*, en blanco o difusos. El examen de la legislación penal dominicana revela que la misma se encuentra repleta de ejemplos de tipos penales abiertos, en blanco o difusos. Este fenómeno constituye un verdadero atentado al principio de legalidad y en consecuencia constituye un vicio digno de tomar en cuenta en el estudio de nuestro derecho penal.

g) *Bienes jurídicos difusos o inexistentes.* El tema del bien jurídico tutelado como fundamento para erigir determinada conducta en reprochable penalmente ha estado totalmente ausente de la discusión jurídico-penal dominicana. Es un tema que incluso ha estado ausente de la enseñanza de esta rama en las aulas universitarias.

Ni los juristas ni los legisladores toman en cuenta, como elemento de la discusión jurídica o de la decisión legislativa, que el reproche penal obedece a la idea de tutela de un determinado bien jurídico y que este bien debe estar establecido como tal por la Constitución. Por tal razón el elemento del bien jurídicamente tutelado debe ser un asunto de primer orden en la elaboración de la norma penal y, en consecuencia, en el estudio de la ciencia penal.

h) *Erosionador del régimen de garantías*. Un derecho penal con todas las características que hemos venido señalando, las que no necesariamente sean todas, resulta atentatorio al régimen de garantías establecido en el bloque de constitucionalidad en tanto tiende a erosionarlo. En efecto, un derecho penal anticuado, abultado, plagado de tipos abiertos, en blanco o difusos y que no tome en cuenta la idea de bien jurídico tutelado, resulta contrario a los principios consagrados en la Constitución y en la normativa supranacional, fundamentalmente en todo lo atinente al principio de legalidad y todos sus componentes.

5. EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL. EL DEBER SER

El derecho en sentido general constituye una verdadera intervención del Estado en la vida de sus ciudadanos. El derecho penal, empero, constituye la manifestación más extrema del ejercicio del poder estatal y, por ende, la expresión más nítida de la intervención del Estado sobre las personas.

Tomando en cuenta lo afirmado resulta conveniente destacar que al iniciar el estudio del Derecho Penal se deben tener en cuenta algunos consejos que resultan imprescindibles para el abordar de manera correcta y eficiente esta rama.

- En primer lugar destacamos que el derecho penal, en tanto régimen sancionador, debe estar acorde con el régimen de gobierno establecido por la Constitución, pues de esto depende el carácter legitimante del ejercicio del poder punitivo. En efecto, si el derecho penal no se ciñe a la Constitución, no es legítimo y por ende es inaplicable. Por tal motivo el estudio del Derecho Penal debe partir de la idea de que todo su contenido debe estar sometido al bloque de constitucionalidad y que, en consecuencia, ninguna parte de su contenido puede ser contrario a éste. El estudio de la ciencia penal que prescinda de este marco de referencia consecuentemente es estéril o pueril.

- Por otro lado, destacamos que el estudio del derecho penal suele comenzar mediante el examen de las distintas definiciones o concepciones que se tienen acerca de esta rama del derecho. No obstante, resulta imperativo tomar en cuenta que tal estudio no puede prescindir de establecer de manera clara cuál es la ubicación del derecho penal dentro de las diferentes disciplinas de control social.

- Del mismo modo, el estudio de la ciencia penal implica destacar el rol que desempeña en la sociedad la justicia penal. El estudio del derecho penal implica comprender la importancia de que exista un control social y que el Derecho Penal es el control punitivo que ha sido reconocido y legitimado por la sociedad.

- Implica, además, que el estudio del derecho penal debe incluir el examen de los diferentes aspectos relacionados con el entorno de la disciplina. Ello contribuirá con el establecimiento de un marco conceptual que, a su vez, contribuiría a la discusión de tales ideas dentro de un ámbito político y social determinado, tomando en cuenta que tanto el concepto como el marco en que este se desarrolla deben estar subsumidos dentro del bloque constitucional.

- Otro asunto que debe tomarse en cuenta es que todo sistema legal –*y con mayor razón un sistema punitivo*- encuentra su fundamento en la necesidad de convivencia pacífica. Por tal motivo, la norma penal debe tender a la protección de derechos que resultan fundamentales para la colectividad general y no para un pequeño grupo de ella. La norma penal (art. 8.5 de la Constitución) debe, en consecuencia, "ser justa y útil para la comunidad", y por tanto no puede prohibir sino aquello que perjudique a la misma.

- El estudio adecuado del derecho penal tampoco puede prescindir de la evaluación de la norma en el sentido de comprender hacia quién se dirige o a quién o qué tiende a proteger. Debe, en consecuencia, llegarse a la comprensión acerca de que circunstancia o de cuales elementos se ha determinado la necesidad de la norma.

- Tampoco puede obviarse en el estudio de la ciencia penal la idea de que, aun cuando los legisladores disponen de poder constitucional para dictar las leyes en el sentido que ella indica, ellos se ven, muchas veces, sometidos a la presión de diversos grupos y que esto deriva, en más de una ocasión, en la aprobación de leyes que obedecen al interés de determinados grupos, y no necesariamente de la comunidad general. Por tal circunstancia, la definición del derecho penal no puede obviar tomar en cuenta que el mismo es un instrumento de política criminal del Estado que lo utiliza como una manera de control social, o sea como un instrumento político. La idea de que la ley penal, independientemente de ser un instrumento jurídico constituye un instrumento político, no puede dejarse de discutir en ningún curso de derecho penal.

- Otro aspecto que no se puede obviar en el estudio del Derecho Penal es la comprensión del objeto de tutela. Por ello no puede definirse ni comprenderse el derecho penal sin que se plantee y se discuta la cuestión relativa al bien jurídico. El estudio de la finalidad de la norma o del bien jurídico protegido por ésta, es un aspecto que ha estado ausente en nuestra tradición jurídica penal y es un elemento del que tampoco se puede prescindir si se pretende un estudio ciertamente científico del derecho penal.

- De ahí que cuando se estudie el derecho penal especial, y al momento del estudio de cada conducta prohibida, debe aparecer un apartado que ayude a comprender la finalidad del ilícito, o sea, determinar cuál es el bien jurídico que se pretende proteger con la norma estudiada. Si tomamos en cuenta este aspecto de la discusión estaremos en condiciones de adherirnos o no a una determinada opinión doctrinal o jurisprudencial. La no comprensión del bien jurídico tutelado y el ignorar su técnica de determinación implica que el abogado –*y bajo este concepto agrupamos a los jueces y fiscales*- tenga que ceñirse a lo que afirma determinado autor acerca del bien protegido por la norma, ya que no se estaría en condiciones de llevar a cabo un razonamiento adecuado. Por tal razón – *y esto resulta indispensable*- se debe aprender un método adecuado por medio del cual el abogado pueda por sí mismo inferir, de la norma penal, el bien jurídico que ella protege o si la misma no tiene un bien jurídico tutelado o si el mismo es difuso.

- El estudioso del derecho penal debe estar en capacidad de comprender cuando una determinada norma, aun emanada del órgano estatal con calidad para dictarla, reprocha penalmente conductas que no lesionan ningún bien y que, consecuentemente, dejan de responder al régimen democrático republicano instituido por la Constitución. Debe, en consecuencia, tener la capacidad para entender que este tipo de normas no satisface el objeto del derecho penal sino que responden a intereses de ciertos grupos de poder que pretenden, a través de ella, el control de otros grupos, convirtiendo el derecho penal en un mecanismo de selectividad.

- Resulta igualmente relevante, en el estudio del derecho penal, lo relativo a la acción como elemento básico para la comprensión del delito. Esto implica el conocer cómo ha sido ponderado a través de la historia el fenómeno de la acción así como comprender de qué manera dicho fenómeno ha intervenido en el desarrollo, tanto de las diversas ideologías como de los distintos fundamentos científicos –*directos o indirectos*- que han influido en la elaboración y comprensión de la noción de acción. Dado que es a través de los tipos penales que se revela lo que la ley ordena o prohíbe, el estudioso del derecho penal debe tener la capacidad para deducir, de la lectura de la norma, qué es lo que ella exactamente ordena o prohíbe, para de este modo poder establecer, cuál es el bien tutelado. De ahí podrá inferir si la norma se ajusta o no al principio de legalidad que implica, entre otras cosas, que la norma sea "justa y útil" y que no pueda prohibir más que aquello que lesione de manera considerable a la comunidad que ella sirve.

- Al examinar lo relativo a la acción como fundamento para la construcción del hecho reprochable penalmente es menester, además, tomar en cuenta lo relativo al dolo y a la culpa. Es decir, a si se actúa o no intencionalmente y cómo influye esto en la sanción.

- Lo relativo a la sanción y a las razones que la justifican constituye, de igual forma, un problema que debe ser tomado en cuenta en el estudio de la ciencia penal. Debe explicarse lo que significa cada sanción en particular ante cada caso. Es necesario que se entienda la manera cómo se cumple cada condena y cómo funciona la misma. Obviamente, también debe comprenderse la función que cumple cada pena, todo lo cual no debe ser dejado de lado por el estudio del derecho penal.

Todos los elementos que hemos enumerado, y que son meramente enunciativos, revelan que el estudio del derecho penal no consiste –*como ha sido hasta la fecha*- en una mera comprobación de la existencia de los elementos que integran la infracción (elementos constitutivos) sino que implica el examen y dominio conjunto de una serie de principios, así como el manejo adecuado de una técnica sumamente especializada que persigue que la norma penal encuentre amparo en el marco constitucional y, por tanto, se ciña a los fundamentos de un verdadero Estado de derecho, a ello contribuye la selección de un método adecuado que permita lograr los resultados esperado. Este método debe ser el dogmático, al cual dedicamos el siguiente apartado.

6. LA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO

Siempre que pretendamos abordar el estudio de cualquier rama resulta imperativo la elección de un método que resulte adecuado y conveniente a nuestros propositos. Como el derecho penal es una rama de las ciencias jurídicas, su estudio debe ser emprendido mediante un método jurídico, que consiste en el análisis, interpretación y comprensión de los textos de ley.

Pero, para la comprensión adecuada de la norma penal no basta el mero análisis gramatical y positivista de la norma, sino que es menester un ponderado análisis que permita conclusiones racionales.

A estos fines el denominado método dogmático propuesto por Von Jhering para el derecho privado y que luego pasó a ser utilizado en las demás ramas jurídicas resulta el más conveniente y adecuado. Este método consiste en la descomposición del texto de ley en elementos simples o dogmas con los que se procederá a la elaboración de una teoría de interpretación que responda a reglas fundamentales:

En primer lugar debe ser completamente lógica y no contradictoria. El análisis no puede, por ejemplo, establecer que un mismo elemento constituye a la par una atenuante y un agravante.

En segundo lugar, el análisis debe estar sometido a la Constitución. En consecuencia, no puede ser anteponer la ley penal a la norma sustantiva, sino que ella debe estar subordinada a aquella. Si existiera alguna contradicción entre la ley y la norma sustantiva debe prevalecer el bloque de constitucionalidad. En tercer término, el análisis debe ser jurídicamente armónico, lo cual implica que debe ser "simétrica, no artificiosa ni amanerada, y mostrar cierta grâce du natural"[15]. La teoría resulta más sólidamente elaborada cuando "es transparente, cuando el razonamiento es más natural, cuando parece un edificio sólido y armónico, y no cuando ofrece el aspecto de una casa a la que se accede por el sótano y tiene corredores ciegos, escaleras cortadas y ventanas que no dan a ninguna parte"[16].

Ahora bien, la selección del método dogmático como mecanismo de acceso al conocimiento jurídico penal requiere una decisión previa y consiente. Cuando se opta por una meta -*en nuestro caso la correcta comprensión de la ciencia penal*-, no sólo es conveniente la selección de la meta, sino que debemos optar por cuál camino es más conveniente su alcance. El método dogmático es un método abierto que permite el examen de la ciencia jurídica desde diversos ángulos para que cada quien se acomode con la corriente del pensamiento que entiende más conveniente y compatible a su ideología. El método dogmático es teleológico y como tal trata de encontrar el porqué de cada cuestión.

La dogmática procura una aplicación objetiva del derecho sin desmedrar la exclusión absoluta de los puntos de vista del intérprete. Por ello constituye un mecanismo más idóneo del estudio de la ciencia penal que el tradicional método de la lectura de la ley por su sentido literal al cual estamos acostumbrados.

15 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediar. Buenos Aires, Argentina, 2005, p.69
16 Ídem.

TEMA I

EL DERECHO PENAL. FUNDAMENTO Y LÍMITES A SU INTERVENCIÓN. LA LEY PENAL. ÁMBITO DE APLICACIÓN

José De la Mata Amaya
Letrado del Tribunal Constitucional
España

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL
    1.1 EL DERECHO PENAL CÓMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL
    1.2 DERECHO PENAL OBJETIVO Y SUBJETIVO
    1.3 DERECHO PENAL OBJETIVO
    1.4 DERECHO PENAL SUBJETIVO
    1.5 LA NORMA PENAL
        1.5.1. Normas Penales Incompletas
        1.5.2 Normas Penales en blanco
    1.6 La Función del Derecho Penal

2. LOS FINES DE LA PENA: PREVENCIÓN VS. RETRIBUCIÓN
    2.1 TEORÍAS ABSOLUTAS
    2.2 TEORIAS RELATIVAS
        2.2.1 Teorías de La Prevención General
        2.2.2 Teorías de La Prevención Especial
        2.2.3 Teorías de La Unión

3. LÍMITES GARANTÍSTICOS
    3.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
        3.1.1 Garantías del Principio de Legalidad
        3.1.2 Requisitos de las normas Penales derivados del Principio de Legalidad
        3.1.2.1 Lex Certa
        3.1.2.2. Lex Stricta
        3.1.2.3 Lex Scripta
        3.1.2.4 Lex Praevia
    3.2 El Principio de Intervención Mínima
    3.3 El Principio de Culpabilidad
    3.4 Principio de Lesividad
4. La Ley Penal
    4.1 Concepto De Ley Penal.
    4.2 Clases De Leyes Penales

5. LA INTERPRETACION DE LA LEY PENAL
- 5.1 CONCEPTO
- 5.2 CLASE DE INTERPRETACION
- 5.3 PRINCIPIOS RECTORES DE LA INTERPRETACION
- 5.4 PROBLEMAS DE LA INTERPRETACION DE LAS LEYES PENALES
  - 5.4.1 Erratas de Imprenta
  - 5.4.2 Errores de Redacción

6. ÁMBITO DE APLICACION
- 6.1 ÁMBITO TEMPORAL DE LA LEY PENAL. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD
  - 6.1.1 Principio General: El Principio de Irretroactividad de Las Leyes Penales.
  - 6.1.2 Excepciones al Principio Fundamental
    - 6.1.2.1 Retroactividad de La Ley Penal más Favorable
  - 6.1.3 Excepciones a la Retroactividad de La Ley penal más favorable: las Leyes temporales y Excepcionales.
- 6.2 AMBITO ESPACIAL DE LA LEY PENAL.
  - 6.2.1 Principio Territorial
    - 6.2.1.1 Concepto de "Territorio"
    - 6.2.1.1 Concepto de "Lugar de Comisión"
- 6.2.2 Principio Real o de Defensa
- 6.2.3 Principio de La Nacionalidad o de la Personalidad.
- 6.2.4 Principio de perseguibilidad universal.
- 6.2.5 Principio de derecho Penal por Representación.

7. TERRITORIALIDAD Y EXTRATERRITORIALIDAD. LA EXTRADICIÓN
- 7.1 CONCEPTO.
- 7.2 CLASES DE EXTRADICIÓN
- 7.3 PRINCIPIOS DE LA EXTRADICIÓN

TEMA 1

EL DERECHO PENAL. FUNDAMENTO Y LÍMITES A SU INTERVENCIÓN. LA LEY PENAL. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL

1.1 EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL

Las Constituciones de que se dotan las sociedades democráticas recogen el contenido básico de un acuerdo social. El conjunto de valores que este acuerdo incorpora constituyen los principios superiores que orientan el desarrollo social, inspiran la actuación de los poderes públicos (condicionando su actuación a la obtención de determinados fines) y fijan los objetivos que la sociedad aspira alcanzar.

Sin embargo, por sólidamente asentado que esté el sistema de convivencia social en los valores constitucionales y por más que exista un amplio acuerdo sobre sus contenidos, esto no es suficiente, por sí mismo, para lograr su completa implementación. Para ello se requiere el recurso de distintas instituciones sociales que, con distintos métodos y objetivos, tratan de que las personas que conviven en esa sociedad internalicen dichos valores y principios, los asuman como propios y se comporten conforme a los mismos.

En otras ocasiones, cuando los anteriores mecanismos sociales fallan, hay otros que tratan de garantizar directamente el orden social, procurando que los comportamientos individuales se ajusten, en todo caso, al orden de convivencia establecido. Y siempre lo hacen del mismo modo: identificando determinados comportamientos que resultan inaceptables para el sistema, estableciendo algunas sanciones o castigos para quienes incurren en los mismos, y precisando cuál es el procedimiento que se seguirá para aplicarlos.

Cada uno de estos sistemas de control social actúa, desde luego, en sectores diferentes, y con metodologías diversas: la familia, el sistema educativo, el ámbito laboral y profesional, el de las relaciones sociales, la esfera religiosa, las relaciones jurídicas, etc.

El Derecho Penal es también un sistema de control social que opera junto a los anteriores mecanismos sociales y que persigue, como estos, idéntica finalidad. Se diferencia, sin embargo, de los mismos, en primer lugar, en que se concentra en los comportamientos que se consideran más inadmisibles, esto es, en los ataques más graves contra el sistema social. En segundo lugar, en que las sanciones que aplica son las más rigurosas. Y, en tercer lugar, en que el procedimiento empleado para imponerlas es el más formalizado.

Estas características determinan precisamente dos de las peculiaridades del Derecho Penal:

1) En primer lugar, su limitado campo de actuación. En cuanto el Derecho Penal es el sistema de control social que proporciona las respuestas más graves a los ataques más intolerables, es el último mecanismo que la sociedad emplea, reservándolo sólo para aquellos supuestos en que la inadaptación o inadecuación de los comportamientos individuales no puede repararse o corregirse mediante otros instrumentos menos lesivos, que se muestran insuficientes, o en que la gravedad de los ataques a los valores comúnmente aceptados ponga en serio peligro a la organización social.

2) En segundo lugar, su virtualidad limitada. El Derecho Penal no tiene la capacidad de alcanzar por sí solo la finalidad que sólo el conjunto integrado de todos los medios de control social tienen, esto es, la convivencia armónica dentro del respeto a los principios y valores sociales superiores. Pretender utilizar el Derecho Penal como único agente de transformación social, desconociendo la tarea prioritaria y más eficaz que debe realizarse por medio de otros instrumentos de control social (por ejemplo, el sistema educativo), sólo conduce al sufrimiento (por la imposición de graves sanciones de contenido pretendidamente ejemplarizante) y a la frustración, ante la imposibilidad de alcanzar los objetivos propuestos.

"El Derecho Penal es una técnica de definición, comprobación y represión de la desviación. Esta técnica ... se manifiesta en restricciones y constricciones sobre las personas de los potenciales desviados y de todos aquellos de los que se sospecha o son condenados como tales. Las restricciones son tres, y corresponden … al delito, a la pena y al proceso. La primera restricción consiste en la definición y prohibición de los comportamientos clasificados por la ley como desviados. La segunda consiste en el sometimiento coactivo a juicio penal de todo aquello que resulte sospechoso de una violación de las prohibiciones penales. La tercera consiste en la represión o punición de todos aquellos a quienes se juzgue culpables de una de dichas violaciones"

FERRAJOLI, Luigi. En Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal.

1.2 DERECHO PENAL OBJETIVO Y SUBJETIVO

El Derecho Penal puede entenderse en dos sentidos, objetivo y subjetivo.

El **Derecho Penal objetivo** es el conjunto de normas penales. Es decir, en conjunto de reglas jurídicas que determinan los comportamientos que resultan inaceptables para el sistema (delitos y contravenciones), las sanciones o castigos que deben imponerse a quienes incurren en los mismos (penas y medidas de seguridad), y las reglas para la aplicación de estas consecuencias jurídicas.

El **Derecho Penal subjetivo**, derecho a castigar o ius puniendi, es la facultad del Estado para crear y aplicar el Derecho Penal objetivo, es decir, el derecho que tiene el Estado para definir delitos, establecer penas y aplicarlas.

Definir el Derecho Penal como un conjunto de normas penales no implica que el objeto de estudio de la disciplina sea simplemente el conocimiento o memorización de las normas contenidas en el Código Penal.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el Derecho Penal persigue elaborar instrumentos que posibiliten y faciliten la aplicación racional de tales normas penales a los casos reales que presenta la práctica forense. Por esta razón, si bien la ley penal es el punto de partida, la jurisprudencia penal, que determina los criterios a emplear a la hora de la aplicación práctica de la norma en los tribunales por parte de jueces, fiscales y defensores debe ser también objeto de consideración del penalista.

En segundo lugar, la aplicación de las normas jurídico-penales a los casos reales se lleva cabo, como se ha indicado, mediante instrumentos conceptuales que tienen por objeto, precisamente, ayudar al jurista práctico a trasladar el contenido de las normas penales a los casos concretos. Estas teorías penales son la teoría del delito, que permite determinar si una determinada conducta es o no delito, y la teoría de la individualización de la pena, que permite determinar racionalmente cuál es la cantidad de pena que debe aplicarse en cada caso concreto.

1.3 DERECHO PENAL OBJETIVO

El punto de partida a la hora de definir el Derecho Penal es la definición clásica de VON LIZT: "Conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian al crimen como hecho la pena como su legítima consecuencia".

Esta definición admite algunas objeciones, que deben ser destacadas:

La primera es que el Derecho Penal no es, simplemente, un catálogo de sanciones, unidas a unas reglas dirigidas a los jueces y fiscales ordenándoles su imposición cuando las personas incurran en determinados comportamientos. Antes que eso, es un conjunto de prohibiciones y mandatos dirigidos a los ciudadanos, indicándoles, bajo la amenaza de una pena, qué comportamientos no pueden desplegar.

CASO: *Norma penal primaria y secundaria.*

Objetivo formativo: *Diferenciar entre las norma penal primaria y secundaria*

Material de lectura de referencia:

"Sin el recurso a la sencilla idea de que el Derecho Penal establece, en sus normas, standards de comportamiento para alentar ciertos tipos de conductas y desalentar otros, no podemos distinguir una multa (castigo) de un impuesto sobre determinada actividad lícita. Esto, asimismo, es una grave objeción a aquellas teorías del Derecho que, en aras de la simplicidad o uniformidad, oscurecen la distinción entre normas primarias que establecen standards de comportamiento, y normas secundarias que especifican lo que los funcionarios tienen o pueden hacer cuando aquéllas son infringidas. Estas teorías insisten en que todas las normas jurídicas son, 'en realidad', directivas para que los funcionarios impongan 'sanciones' bajo ciertas condiciones, por ejemplo, si alguien comete un asesinato. Sin embargo, sólo si mantenemos a salvo la distinción (oscurecida de tal forma por ese tipo de teorías), entre el objetivo primario del Derecho de alentar o desalentar determinados tipos de comportamiento, y su sanción meramente auxiliar o medio reparador, adquirirá sentido la noción de delito u ofensa".

H.L.A. HART, en "Introducción a los principios de la pena", en Derecho y Moral, Ensayos analíticos.

Describir, en el tipo penal de homicidio ("El que voluntariamente mata a otro, se hace reo de homicidio"), cual es la norma penal primaria y cual es la norma penal secundaria

La segunda es que en la definición propuesta se hace referencia únicamente a delitos y penas, sin que se haga referencia a los estados peligrosos y a las medidas de seguridad. El delito es la infracción culpable de una norma jurídico-penal, y la pena

es el castigo asociado por la norma a dicha infracción culpable. Sin embargo, en los sistemas penales modernos se incluyen dos nuevos elementos: el estado peligroso, y la medida de seguridad.

La medida de seguridad se justifica, al igual que la pena, por ser un medio de lucha contra el delito. La diferencia entre ambas radica en que la pena atiende al acto cometido, y su base es la culpabilidad, en la medida de seguridad se atiende a la peligrosidad.

El estado peligroso o peligrosidad es la situación de la que cabe inferir una relevante probabilidad de delincuencia futura respecto de un sujeto.

La medida de seguridad es, por lo tanto, la reacción defensiva de la comunidad estatal ante esa probable delincuencia futura. No participa, pues, de la naturaleza de la pena. Esta es un mal que se impone por la comisión de un delito, mientras que la medida de seguridad es un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo. La pena se impone porque se ha cometido un delito. La medida de seguridad se impone como medio de evitarlo. En este sentido, se ajusta mejor que la pena a la personalidad del delincuente, y tiene como objetivo específico su rehabilitación y posterior readaptación a la vida social.

Esta peligrosidad de un sujeto puede constatarse antes o después de que se haya cometido delito alguno, lo que permite diferenciar entre peligrosidad predelictual y postdelictual, que es la probabilidad de delinquir nuevamente que muestra la persona que ya ha cometido un delito. Pues bien, el presupuesto de las medidas de seguridad jurídico penales lo constituye la peligrosidad postdelictual. Y ello porque el Derecho Penal se ocupa del delito, al que vincula determinadas consecuencia jurídicas. Es decir, que el presupuesto o punto de partida de toda reacción jurídico penal es siempre la comisión de una conducta criminal, sin que deba activarse la maquinaria penal (sino otros medios de control social) en supuestos de peligrosidad social, no exteriorizada mediante la comisión de un comportamiento delictivo.

En función de las anteriores consideraciones, puede definirse el Derecho Penal como el conjunto de normas jurídicas, reguladoras del poder punitivo del Estado, que definen delitos, prohíben su comisión y asocian a los mismos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad como consecuencia jurídica.

1.4 DERECHO PENAL SUBJETIVO

Como se indicó anteriormente, el Derecho Penal en sentido subjetivo refiere a la potestad punitiva que corresponde al Estado. Desde esta perspectiva, el Derecho Penal en sentido objetivo lo constituyen las concretas manifestaciones de aquel derecho a penar *o ius puniendi*, que están recogidas en las normas penales vigentes.

La referida potestad punitiva está referida a la capacidad del Estado para crear normas incriminadoras. Esta capacidad requiere que el Derecho Penal del Estado cumpla determinadas condiciones y respete ciertos límites para ser legítimo. De hecho, el concepto de *Ius puniendi* está íntima e indisolublemente unido a la pregunta de dentro de qué límites puede un Estado de derecho ejercer legítimamente esta potestad punitiva.

Desde esta perspectiva, el Derecho Penal en sentido subjetivo se considera como el "conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de las penas por parte del Estado".

La propia Constitución política exige que el Derecho Penal del Estado cumpla determinadas condiciones para ser legítimo:

a) El respeto a los derechos de la persona, cuya protección efectiva constituye la finalidad principal del Estado (art. 8 CRD).

b) Las penas no pueden ser vejatorias ni implicar pérdida o disminución de la integridad física del individuo o de la salud del individuo (art. 8.1. CRD).

c) Está prohibida la pena de muerte (art. 8.1. CRD).

Desde otra perspectiva, el Derecho Penal en sentido subjetivo puede referirse a la potestad atribuida a determinados órganos del Estado (juzgados y tribunales), para imponer las penas y medidas de seguridad previstas en las leyes, siempre y cuando concurran los presupuestos previstos en las mismas, es decir, que concurra la violación de las prohibiciones o mandatos que las normas penales incorporan.

Desde este enfoque es claro que el *ius puniendi* no puede actuarse si no se produce la conducta humana prevista en la norma. Ley penal y delito son, por tanto, presupuestos del *i*us puniendi.

Naturalmente, la mera concurrencia de ley y delito tampoco son suficientes para el definitivo ejercicio del ius puniendi. De conformidad con el art. 3 CPP, nadie puede ser condenado a una pena o medida de seguridad sin un juicio previo. Es decir, que la facultad de castigar del Estado precisa ser reconocida por los tribunales legítimamente constituidos (art. 4 CPP), en una sentencia firme, y mediante el proceso legalmente establecido (art. 7 CPP).

De esta definición del Derecho Penal en sentido subjetivo como un conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la aplicación de penas por el Estado se deducen los límites del ius puniendi, que se traducen en los denominados principios penales que, por su importancia, han alcanzado consagración constitucional o legal expresa: principio de protección, de lesividad, de culpabilidad, in dubio pro reo, de no exigibilidad, etc.

1.5 LA NORMA PENAL

Una vez se ha definido el Derecho Penal como un conjunto de normas, queda claro que el elemento básico que lo constituye son normas jurídico penales.

La norma jurídico-penal no difiere, en nada, estructuralmente, de otro tipo de normas, sociales o jurídicas. Como toda norma, consta de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica. La diferencia entre ellas reside en que en la norma penal el supuesto de hecho lo constituye un delito o un estado peligroso, y la consecuencia jurídica es una pena o una medida de seguridad.

Prototipo de una norma penal es el art. 318 CP: "Los que expendieren o despacharen bebidas falsificadas que contengan mixtiones nocivas a la salud, serán condenados a prisión correccional de seis días a un año, y multa de cinco a veinte y cinco pesos". Esta es una *norma penal completa*, en la que el supuesto de hecho es "expender o despachar bebidas falsificadas que contengan mixtiones nocivas a la salud", y la consecuencia jurídica "prisión correccional de seis días a un año, y multa de cinco a veinte y cinco pesos"

Las normas penales suelen expresarse a través de preceptos legales. Pero, deben diferenciarse claramente ambos conceptos. La norma jurídica es un mensaje prescriptivo, que transmite a los ciudadanos un mandato o prohibición de actuar o de no hacerlo, y que transmite a los jueces y fiscales unas indicaciones precisas, ordenándoles la imposición de penas o medidas cuando las personas incurran en determinados comportamientos. Desde esta perspectiva, por lo tanto, todas las normas penales que están recogidas en la parte especial del Código Penal y que contienen la descripción de un comportamiento delictivo contienen, en realidad, dos normas jurídicas: la dirigida al ciudadano y la dirigida a jueces y fiscales.

Desde otra perspectiva, las normas penales en ocasiones coinciden con un precepto legal, como en el caso del delito contra la salud pública anteriormente indicado. Sin embargo, en otros casos el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica están repartidos en distintos preceptos o artículos del Código Penal.

Es el caso, por ejemplo, del delito de homicidio. El art. 295 establece el supuesto de hecho: "El que voluntariamente mata a otro, se hace reo de homicidio". El art. 304 párrafo II establece la consecuencia jurídica: "El culpable de homicidio será castigado con la pena de trabajos públicos".

En los supuestos en que los preceptos legales que recogen el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica están en íntima conexión, como ocurre cuando son artículos consecutivos o cuando están en la misma sección o capítulo del Código Penal, también pueden considerarse normas penales completas.

Sin embargo, no siempre esto es así:

- De un lado, las disposiciones de la parte general del Código Penal no suelen contener mensajes prescriptivos. Estos preceptos tienen la misión de configurar y

precisar el alcance de los preceptos contenidos en la parte especial, que siempre deben ser interpretados y aplicados a la luz de tales preceptos generales. Así, por ejemplo, el art. 3 CP, que dispone que las tentativas de todos y cada uno de los delitos consignados en la parte especial del Código Penal "no se reputan delitos, sino en los casos en que una disposición especial de la ley así lo determine". Desde este enfoque, es claro que todas las normas jurídico-penales son incompletas, porque todas deben completarse con otras para su aplicación. Así, por ejemplo, aunque los arts. 295 y 304 describen la acción de matar, para su aplicación hay que tener en cuenta los preceptos del Código Penal que establecen situaciones en las que matar no constituye delito, así como aquellos otros que definen y precisan en qué consiste la pena de trabajos públicos.

- De otro lado, no siempre es tan fácil encontrar la estructura normativa básica de la norma penal. Muchas veces, para completar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica es preciso acudir a artículos del Código Penal que están en otros lugares del Código, o incluso a normas jurídicas extrapenales.

Se plantea, así, el problema de las *normas penales incompletas* y de las *normas penales en blanco.*

1.5.1 Normas penales incompletas

Son normas penales incompletas aquellos preceptos que completan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica descrita en otro lugar.

En relación con el supuesto de hecho, son aquellos preceptos legales que completan la norma en cuanto son parte de la descripción del supuesto de hecho. Así, por ejemplo, el art. 295 CP dispone que "el que voluntariamente mata a otro, se hace reo de homicidio". Por su parte, el art. 328 CP precisa que "no hay crimen ni delito, cuando el homicidio, las heridas o los golpes se infieran por la necesidad actual de la legítima defensa de sí mismo o de otro.". Si este último precepto no se pone en conexión con el anterior, no es posible conocer su sentido y alcance. Sin embargo, haciéndolo fácilmente se comprende que el supuesto de hecho completo sería "el que voluntariamente matare a otro, siempre que la muerte no se infiera por la necesidad actual de la legítima defensa de sí mismo o de otro, se hace reo de homicidio".

Por su parte, este mismo carácter tiene los preceptos que definen y precisan la consecuencia jurídica. Así, por ejemplo, los arts. 15 a 18 y 29 CP disponen, en relación con la pena de trabajos públicos, que la condenación a trabajos públicos se pronunciará por tres años a los menos y veinte a lo más; que los hombres condenados a trabajos públicos se emplearán en los más penosos; y podrán ser encadenados de dos en dos, como medida de seguridad, cuando lo permita la naturaleza del trabajo a que se les destine; que las mujeres condenadas a trabajos públicos se emplearán en los

trabajos interiores de las cárceles y presidios; y que la condenación a trabajos públicos lleva consigo la privación de los derechos cívicos y civiles. Estos preceptos únicamente cobran su sentido si se los relacionan y se leen integradamente con algunos de los preceptos de la parte especial que asocia la pena de trabajos públicos, como consecuencia jurídica, a alguno de los supuestos de hecho descritos en la norma, como ocurre, por ejemplo, en el art. 304 párrafo II en relación con el delito de homicidio. Estos preceptos legales, por lo tanto, sirven para completar y aclarar la norma jurídico penal contenida en el delito de homicidio.

El fundamento de estos preceptos es una simple razón de técnica y economía legislativa. Carecería de sentido que en cada norma penal que describa un supuesto de hecho que tenga que ver con la muerte de un tercer, heridas o golpes, el legislador tuviera que repetir, una y otra vez, que se excluyen los supuestos de legítima defensa (precisando, además, en qué consiste exactamente esta circunstancia justificativa y qué requisitos precisa). Así es como se ha ido formando, paulatinamente, la denominada parte general del Derecho Penal.

1.5.2 Normas penales en blanco

Son normas penales en blanco aquellas que fijan expresamente la consecuencia jurídica pero que no expresan el supuesto de hecho, sino que se remiten su determinación a otras normas, no penales, y ello con independencia del rango normativo de la norma remitida.

Un ejemplo de ello sería el art. 314 CP: "El que fabrique o venda estoques, verduguillos o cualquiera clase de armas prohibidas *por la ley o por los reglamentos de administración pública*, será castigado con prisión de seis días a seis meses". O el art. 358: "El que, sin autorización previa de autoridad competente, haga inhumar el cadáver de un individuo que hubiere fallecido, será castigado con prisión correccional de seis días a dos meses y multa de cincuenta pesos; sin perjuicio de los procedimientos que puedan seguirse, por los delitos que en este caso se imputen a los autores de la inhumación. En la misma pena incurrirá el que infringiere *las leyes y reglamentos* relativos a las inhumaciones festinadas".

Las normas penales en blanco se emplean en los casos en que la conducta que constituye el supuesto de hecho está estrechamente relacionada con otras ramas del ordenamiento jurídico distintas del penal, que tienen un alcance y un contenido distintos de éstas. Hay sectores del ordenamiento jurídico (como la economía, o la salud pública, entre muchos otros), en que la actividad legislativa es continua e incesante, porque está sujeta a continuos cambios en función de las circunstancias, de los adelantos o de las necesidades sociales. En todos estos casos, si los mandatos o prescripciones que van incorporándose continuamente al ordenamiento jurídico tuvieran que incluirse expresamente en los supuestos de hecho de las propias normas penales

concernidas, habría que estar continuamente reformando éstas, so pena de quedar sin aplicación, aparte de que quedarían convertidas en preceptos hipertrofiados e incomprensibles.

En todo caso, la norma penal en blanco, una vez completada en cuanto a su supuesto de hecho con la norma extrapenal, es una norma penal íntegra o completa.

Lo anterior no quiere decir que la norma penal en blanco sea un recurso técnico al que el legislador penal pueda acudir libre y discrecionalmente. Este recurso no ayuda, desde luego, a la certeza y seguridad jurídica y, en ocasiones, puede suponer una infracción del principio de legalidad penal, en cuanto el carácter delictivo o no de una conducta está definido, en última instancia, por una autoridad ejecutiva, que constitucionalmente no está legitimada para ello, mediante el simple y expeditivo recurso de dictar una norma reglamentaria.

En otras ocasiones no es el rango normativo y, por tanto, la autoridad que dicte la norma de complemento, las que constituyen el problema, sino otras distintas. Así ocurre, por ejemplo, en el art. 402 CP, que dispone que "cuando en los casos previstos por el Código de Comercio, se declare a alguno culpable de bancarrota, se le impondrán las penas siguientes: en los casos de bancarrota fraudulenta, se aplicará la reclusión; y en los de bancarrota simple, se aplicará la prisión correccional de quince días a lo menos, y un año a lo más". Las normas mercantiles no son tan movibles como las administrativas, por lo que los supuestos de hecho determinantes de la bancarrota debieran estar directamente consignados en el Código Penal.

De lo anterior resulta que, con carácter general, el Derecho Penal debe configurar las normas penales de modo completo, incorporando, por lo tanto, los supuestos de hecho de sus normas sin incluir referencias a otros sectores del ordenamiento jurídico. Únicamente de modo excepcional, cuando concurran las razones técnicas y de política criminal anteriormente referidas, debe recurrirse a este procedimiento. Y aun en estos casos deben definirse en la norma penal con toda claridad tanto los presupuestos de la punibilidad como la extensión de las penas.

En ningún caso, finalmente, son admisibles las denominadas "leyes penales en blanco al revés", en que las normas penales fijan los supuestos de hecho, remitiendo la determinación de la pena a disposiciones extrapenales.

1.6 LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

La función del Derecho Penal, en cuanto instrumento de control social, es el mantenimiento de la paz social. En esto no se distingue de los demás medios de control social. La diferencia reside en la especial gravedad de los medios empleados para cumplir este objetivo, en su tendencia a una fundamentación más racional de la sanción que se aplica y en que sólo interviene o debe intervenir ante los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes.

Esta función de tutela y control social la realiza el Derecho Penal por medio de:

a) Función de protección de bienes jurídicos. Se trata de la prevención de la lesión de bienes jurídicos.
b) Función de motivación: el Derecho Penal incide en los individuos, para que se abstengan de realizar determinados comportamientos.

Ambas funciones están íntimamente ligadas y son, en realidad, inseparables: en realidad, la norma penal protege los bienes jurídicos a través de la motivación, y únicamente en la medida que la motivación puede determinar o evitar determinados resultados lesivos o dañosos, puede alcanzarse la protección de los bienes jurídicos seleccionados como relevantes para el mantenimiento de la paz social.

Mientras esta función preventivo-motivadora del Derecho Penal es prácticamente indiscutida, no es tan pacífica la opinión que le añade una función represiva. En realidad, podríamos decir que el Derecho Penal actúa:

a) Castigando con una pena la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (retribuyendo el mal causado y, de esta manera, ratificando determinados valores sociales).

b) Previniendo ese mal antes de que llegue a producirse, una vez constatada la probabilidad de que tenga lugar. En este caso, el Derecho Penal tendría una función preventiva.

De lo anterior resulta que la función del Derecho Penal depende de la función que se asigne a la pena. En este sentido afirma Alcer Guirao que "es indudable que cuando se plantea la misión que desempeña en la sociedad el Derecho Penal, el primer objeto de análisis que tiende a establecerse es la pena. La sanción penal, caracterizada por su contundencia frente a otros medios de organización social u otro tipo de sanciones jurídicas, es, en buena medida, la carta de presentación del Derecho Pena, así como su factor diferenciador especial frente a otras instancias de control. Además, la restricción coactiva de derechos esenciales que la pena conlleva rodea a su discusión de cuestiones de índole valorativa, atinentes a la justificación ética de dicha práctica social. En consecuencia, la legitimación misma del Derecho Penal se hará depender, en gran medida, de la legitimación de la institución social de la sanción penal".

La función preventiva del Derecho Penal se corresponde con las teorías que asignan a la pena un medio de prevención del delito. Y la función represiva es consustancial a las teorías que fundamentan la pena en la retribución y por tanto, en la idea de justicia absoluta.

La cuestión anterior, es decir, la determinación de cuál es la función del Derecho Penal que debe prevalecer sobre la restante, tiene mucho que ver con la concepción del Estado que se mantenga, considerándose generalmente que un Estado más liberal tenderá a un Derecho Penal más preventivo, mientras que un Estado menos liberal acentuará la ratificación de unos valores sociales y, por tanto, una función más represiva.

"El fin preventivo del Derecho Penal –además del fin garantístico de protección del ciudadano frente a la violencia estatal- radica primordialmente en la protección de bienes jurídicos, y sólo secundariamente en la protección de la vigencia de la norma; fines íntimamente vinculados funcionalmente, si bien no completamente recíprocos. Así, el fin de aseguramiento de expectativas operaría como un fin en sí mismo, si bien de segundo orden, pero también como un medio –dado su fomento de respeto de las normas- para la consecución del fin prioritario de la protección de bienes jurídicos. Por lo demás, dado que la finalidad prioritaria es la evitación de acciones lesivas, ello implica que el peso teleológico vendrá dado por el primer momento preventivo, realizado a través de la norma de conducta, cuyo fin radica, por un lado, en la prevención de conductas lesivas para los intereses de los ciudadanos a través de la motivación basada en el reconocimiento de la validez valorativa de la misma, motivación que vendrá apoyada, además, en la conminación disuasoria producida por la amenaza de pena; y, por otro, y como consecuencia de dicha motivación, en el aseguramiento de la expectativa normativa. Por su parte, el momento represivo de la sanción impuesta tenderá al fin secundario –si bien imprescindible- de ratificar la pretensión de respeto de la norma, reafirmando simbólicamente la corrección normativa de la misma, y a fin de conformar la seriedad de la amenaza; sólo con los cuales podrá realizar el otro fin que persigue, el de la confirmación de la vigencia de la norma".

ALCACER GUIRAO, Rafael. en Los fines del Derecho Penal, una aproximación desde la filosofía política.

2. LOS FINES DE LA PENA: PREVENCIÓN VS. RETRIBUCIÓN

Como se ha indicado, la función del Derecho Penal está íntimamente ligada a los fines que se asignen a la pena, lo que a su vez depende de las concepciones que se mantengan sobre su legitimidad.

Así, si se piensa que la finalidad del Estado es realizar ciertos ideales absolutos de justicia, el Derecho Penal se entenderá como un instrumento al servicio de dicho ideal. Si se entiende, por el contrario, que la función principal del Estado no es la justicia, el Derecho Penal se justificará como un instrumento socialmente útil.

Estos problemas sobre el sentido y finalidad de la pena han dado lugar durante años a la llamada "lucha de escuelas", que ocupó durante mucho tiempo el centro de las discusiones y polémicas entre penalistas, y que no es sino una disputa de hondo calado sobre la legitimidad del Derecho Penal entre los partidarios del criterio legitimante de la justicia (teorías absolutas) y los que proponían como único criterio el de la utilidad (teorías relativas).

2.1 TEORÍAS ABSOLUTAS

Las teorías absolutas atienden únicamente al sentido de la pena, prescindiendo de su utilidad o fin. La pena se impone como retribución por el mal causado.

Resulta expresivo para comprender la fundamentación de estas teorías el ejemplo de KANT de una isla cuya población decidiera autodisolverse y dispersarse, y en la que se planteara la cuestión de si hay que mantener el castigo pendiente de los delincuentes penados, a lo que responde que, aunque resultara del todo inútil para dicha sociedad, puesto que dejaría de existir, debería ejecutarse hasta el último asesino que se hallase en prisión, únicamente "para que todos comprendieran el alcance de sus actos".

La pena se impone, por lo tanto, porque es necesaria, y la pena justa y necesaria será aquélla que produzca al autor un mal que compense exactamente el mal que ha causado libremente.

Desde otra perspectiva, sin embargo, las teorías retribucionistas ven en la pena un límite de garantía para el ciudadano: la pena ha de guardar proporción con el delito, sin que se pueda castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera porque sea útil desde un punto de vista preventivo, es decir, para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de una pena desproporcionada al autor de un delito. Y ello porque a esta "utilización" del individuo para conseguir penas que le rebasan y trasciende se opone la dignidad humana.

"La pena jurídica… no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otros ni ser contado en el número de cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata le garantiza contra tal ultraje, aun cuando puede ser condenado a perder la personalidad civil. El malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes de que se haya pensado en sacar

de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos. La ley penal es un imperativo categórico; y desdichado aquel que se arrastra por los caminos del eudonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que puede sacar, descargase al culpable, en todo o en parte, de las penas que merece…; porque cuando la justicia es desconocida, los hombres no tienen razón de ser en la tierra… Hay más; es que, si la sociedad civil se disolviera por el consentimiento de todos sus miembros… el último asesino detenido en una prisión debería ser muerto antes de de esta disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen, y que el crimen de homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase imponer este castigo; porque entonces podría ser considerado como cómplice de esta violación pública de la justicia".

KANT, en Principios metafísicos de la doctrina del derecho.

2.2 TEORÍAS RELATIVAS

Las teorías relativas atienden al fin que se persigue con la pena, que es la misión de prevenir delitos como medio de protección de bienes jurídicos. No se pena porque se ha delinquido (quia pecatum est) y como mera respuesta retributiva frente al delito cometido, sino para que no se delinca (sed ne peccetur), como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros.

Se denominan teorías relativas porque frente la tesis retribucionistas, que se apoyan en el valor justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales.

"Para la concepción moral utilitarista la cuestión es muy clara: la pena no se justifica moralmente por el hecho de que quien la recibe haya hecho algo malo en el pasado (eso ya no se puede evitar), sino para promover la felicidad general, haciendo que mediante las distintas funciones de la pena (desanimar a otros y al propio penado a volver a delinquir, incapacitar físicamente a éste para hacerlo, reeducarlo, etc.), en el futuro no se cometan más delitos, lo que constituye un beneficio social que puede compensar el sufrimiento implícito en la pena. O sea que, para el utilitarismo, una pena está justificada si y sólo si: a) ella es un medio eficaz para evitar la ocurrencia de ciertos males sociales; b) ella es un medio necesario, en el sentido de que no hay otra forma menos perjudicial para evitar esos males; y c) el perjuicio que ella acarrea para su destinatario (y, por ser éste un miembro de la sociedad, para la sociedad en su conjunto) es menor que los perjuicios que la sociedad sufriría si la pena no se aplicara".

En este sentido BENTHAM decía: "…La finalidad del derecho es aumentar la felicidad. El objeto general de todas las leyes tienen, o deben tener, en común, es incrementar la felicidad general de la comunidad; y por lo tanto, en primer lugar, excluir, tan

completamente como sea posible, cualquier cosa que tienda a deteriorar esa felicidad: en otras palabras, excluir lo que es pernicioso … Pero la pena es un mal. Pero toda pena es perniciosa. Sobre la base del principio de utilidad, si ella debe ser del todo admitida sólo debe serlo en la medida en que ella promete evitar un mal mayor" (en An introduction to the principles of Morals and Legislation)".

SANTIAGO NINO, CARLOS, en Introducción al análisis del Derecho.

Estas teorías se dividen en teorías de la prevención general y de la prevención especial.

2.2.1 Teorías de la prevención general

Estas teorías, que fueron introducidas por Feuerbach, sitúan como finalidad de la pena la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que no delincan ante el temor de que les sea impuesta la pena prevista en la norma penal como consecuencia jurídica al que infrinja el mandato o prohibición contenido en la norma penal.

Esta intimidación o coacción psicológica no se sitúa en la ejemplaridad de la ejecución de la pena, sino en la conminación penal contenida en la ley. Desde este enfoque, la posterior ejecución de la pena tiene sentido en cuanto confirma a todos la seriedad y efectividad de la amenaza contenida en la norma penal.

La amenaza contenida en la norma penal tiene, desde luego, un evidente efecto intimidatorio o disuasorio. Ello tiene el problema, sin embargo, de que cuanto más elevada sea la pena más se alcanzará el resultado propugnado por la teoría, pues cuanto más alta sea la pena, más fuerte será el efecto intimidante. Para evitar estos excesos, debe haber límites que impidan que la pena pueda llegar a ser desproporcionada o que supere el merecimiento de pena según la culpabilidad del autor. Por su parte, en relación con la fase de individualización de la pena, también se deben evitar reacciones penales que superen la gravedad del hecho realmente causado por consideraciones meramente preventivo generales.

Dentro de las teorías preventivo generales se vienen distinguiendo:

a) Teoría de la prevención general negativa: que se queda en el efecto puramente intimidatorio de la norma penal.

b) Teoría de la prevención general positiva, estabilizadora o integradora.

La diferencia entre ambas reside, de acuerdo con NEUMANN y SCHROTH,

en que "la teoría de la prevención general positiva tiende cuando menos a localizar el cometido de la pena en un distinto y superior nivel al de las teorías de la prevención de la intimidación. Y ello porque la estabilización de la norma a través de la sanción de conductas desviadas no es únicamente un medio de evitación de hechos punibles, sino que aparece como funcional para el fin más amplio de la estabilización de la sociedad como tal. Es decir, mientras que la teoría de la intimidación enjuicia la efectividad de la pena exclusivamente desde el punto de vista de la posible limitación de la criminalidad, para la teoría de la prevención general positiva la pena tiene, más allá de la profilaxis de la criminalidad, una función más amplia, positiva, la estabilización de normas sirve, no sólo por medio de la limitación de los márgenes de la criminalidad, a la integración y con ello a la estabilización de la sociedad".

La prevención general negativa, como se ha indicado, sitúa la prevención en la intimidación, cuyo fin es exclusivamente la prevención de acciones futuras, por lo que el instrumento principal para llevar a cabo sus fines radica en el momento preventivo de la conminación penal abstracta. Este fin de intimidación como factor de motivación para la evitación de acciones delictivas futuras lleva a un sector doctrinal a situar la amenaza de pena como el único instrumento directivo de conductas. Sin embargo, como apunta SILVA SANCHEZ, ello no tiene porqué ser así: el efecto de motivación se produce por la norma jurídico penal en su conjunto, entendida ésta como la unión de la horma de conducta en sí, que declara prohibida una acción, más la amenaza de una pena. De este modo, el acatamiento de la norma se produce tanto por la motivación por el miedo a la pena que supondría la acción delictiva, como por el respeto de la propia norma –y ello, a su vez, por diferentes motivos: consenso, internalización, etc.-.

"En lo que viene denominándose prevención general negativa caben dos formas de entender el mecanismo conminatorio de la pena. Una, persigue la motivación en contra de la realización de delitos; otra, persigue la motivación en contra del delito.

La primera concepción responde a la comprensión clásica de su creador. Partiendo del modelo antropológico…del hombre como un ser racional, capaz de decidir sobre la dirección de su actuación en función del cálculo de los costes y beneficios que la misma reportaría, la amenaza de pena tiene el fin de intimidar por el temor del acaecimiento de un mal que será mayor que la satisfacción que pretende obtenerse del delito. Es por tanto una mera coerción externa, que apela a la razón del delincuente, y no a la conformación de su conciencia mediante la articulación de procesos inconscientemente deducidos. Es decir, persigue una mera motivación en contra de la realización de acciones delictivas.

Frente a esta concepción, se da también otra que atribuye a la intimidación el fin de mayor calado de motivar en contra del delito en sí, mediante la conformación de las conciencias con arreglo a los valores representados en las normas".

ALCACER GUIRAO, Rafael. en Los fines del Derecho Penal, una aproximación desde la filosofía política.

Por su parte, la prevención general positiva tendría los siguientes tres cometidos:

1) Función informativa, de lo que está prohibido y de lo que se debe hacer.

2) Función de refuerzo de la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse.

3) Función de fortalecer una actitud de respeto por el ciudadano.

De esta manera, la prevención se consigue, no sólo mediante el ejercicio de coacción psicológica, sino también, al mismo tiempo, mediante la afirmación y el aseguramiento de las normas fundamentales. De hecho, como indica GARCÍA-PABLOS, "para la teoría de la prevención general positiva destinatario de la pena no es el infractor potencial (prevención general "negativa"), ni el delincuente (prevención "especial"), sino el ciudadano honesto que cumple las leyes, la opinión pública".

Esta vertiente positiva de la prevención general tiene aspectos a resaltar:

1) De un lado, es una forma de limitar la tendencia de la prevención general negativa a caer en el terror penal, agravando progresivamente la amenaza penal para conseguir mantener la coacción psicológicia sobre el ciudadano.

2) Presenta el inconveniente, sin embargo, de que amplía excesivamente la injerencia del Derecho Penal en la esfera de la actitud interna del ciudadano.

2.2.2 Teorías de la prevención especial

Las teorías de la prevención especial sitúan el fin de la pena en apartar al delincuente de la comisión de futuros delitos. Se diferencia de la prevención general en que estas teorías se refieren a la colectividad, mientras que las de la prevención especial buscan prevenir los nuevos delitos que pueda cometer un delincuente que ya ha delinquido, bien mediante su aseguramiento, bien mediante su reeducación y resocialización.

La finalidad de la pena es, por lo tanto, la prevención mediante la represión del delincuente. Es evidente, por lo tanto, que la prevención especial no opera en el momento de la amenaza o conminación penal, sino en el de la ejecución de la pena.

Ahora bien, la finalidad de la pena se cumple de modo distinto en función de las distintas categorías de delincuentes que muestra la criminología, y no de forma uniforme para cualquier autor, como ocurre con las teorías anteriores. Así,

a) Para el delincuente ocasional, capaz de corregirse y no necesitado de corrección, la pena cumple un efecto intimidatorio. Es un simple recordatorio que le recuerda la existencia e la norma penal y le disuade de ulteriores comportamientos delictivos.

b) Para el delincuente no ocasional pero corregible (son los principiantes en la carrera delictiva, en los que el carácter delincuente presenta ya un estado de cierta permanencia), la pena cumple un efecto de corrección y resocialización mediante una adecuada ejecución de la pena.

c) Para el delincuente habitual, que carece de capacidad de corrección, la pena ha de conseguir su inocuización y aislamiento.

El principal representante de esta teoría fue Von Liszt, para quien la función de la pena es la intimidación de quien ha delinquido, por medio de la intimidación, la corrección y la inocuización.

Más adelante, las clasificaciones de delincuentes como la anteriormente indicada o las sugeridas después por los positivistas, fueron sustituidas por definiciones del fin de la pena más uniformes, presididas por tres ideas (Bacigalupo):

1) La idea de resocialización del delincuente;
2) La corresponsabilidad de la sociedad en el delito.
3) La importancia de la ejecución penal basada en el tratamiento.

Las teorías de la prevención especial han sido también sometidas a un importante cuestionamiento ante la evidencia de que no puede, por sí sola, justificar el recurso a la pena. Así, siguiendo a MIR PUIG, comprobamos que:

1) En algunos casos la pena no es necesaria, como ocurre en los supuestos de delincuente primarios y ocasionales que no presentan peligro alguno de reincidencia. Tampoco es necesaria estrictamente hablando la pena en el caso de delincuentes que actuaron por estímulos y circunstancias que no volverán a repetirse en su vida.

2) En otras ocasiones, no es posible conseguir el fin pretendido; es el caso del delincuente habitual de poca monta, a quien el efecto intimidatorio no le afecta en absoluto, que no puede ser resocializado y que, sin embargo, comete delitos menos graves, que tampoco permiten, por razones de proporcionalidad ni culpabilidad, su definitiva y perpetua inocuización.

3) Finalmente, en ocasiones ni siquiera es lícita la única forma de prevención especial. Piénsese en los terroristas y otros delincuentes por convicción, que son obviamente irresocializables y contar los que no es posible iniciar un tratamiento forzado.

Ahora bien, visto que, en todos estos casos, la solución del problema no reside en dejar sin castigo al delincuente, la conclusión es que la teoría de la prevención especial no es suficiente para, por sí sola y en exclusiva, legitimar la pena. Las críticas expuestas, por lo tanto, no excluyen la relevancia de la resocialización y el tratamiento en la evitación de delitos. Lo que cuestionan es su toma de consideración en exclusiva, en vez de hacerlo conjuntamente con otras, contribuyendo todas ellas a la función de prevención.

2.2.3 Teorías de la unión

Las teorías de la unión aparecen en la historia del Derecho Penal como una solución de compromiso en la lucha de escuelas entre quienes defendian las teorías de la retribución y las de la prevención general y especial. De acuerdo con estas teorías, como indica Muñoz Conde retribución y prevención son dos polos opuestos de una misma realidad, que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente. La pena se justifica en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. La pena, por lo tanto, tiene que ser a la vez justa y útil.

Este conflicto de fines aparentemente contradictorios obliga a optar por uno de ellos, dándole preponderancia sobre el otro. Esto permite configurar dos orientaciones distintas dentro de las teorías de la unión:

a) La primera cree que la protección social ha de basarse en la retribución justa, y en la determinación de la pena dan a los fines de prevención un mero papel complementario dentro de la retribución. En este caso, se da preponderancia a la justicia sobre la utilidad.

b) La segunda considera que el fundamento de la pena es su utilidad, correspondiendo a la retribución una función de límite máximo de las exigencias de prevención, impidiendo que pueda imponerse a alguien una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

Más recientemente, se ha abordado esta cuestión asignando distintos criterios justificativos de la pena a los distintos momentos en que aparece. En esta dirección desarrolló ROXIN la denominada teoría dialéctica de la unión, porque "acentúa lo antitético de los diversos puntos de vista e intenta reunirlos en una síntesis". De acuerdo con esta teoría, si se distingue cada uno de los distintos estadios en que la pena aparece, se observará que en cada uno de ellos la pena cumple funciones y finalidades distintas:

a) En el momento de la amenaza penal es decisiva la idea de prevención general, pues se intimida a todos los miembros de la comunidad para que se abstengan de realizar la conducta prohibida.

b) En el momento de la aplicación de la pena, una vez que, pese a la amenaza penal el hecho ha sido cometido, prevalece la idea retributiva, con la limitación de que la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor.

c) Finalmente, durante la ejecución de la pena prevalece la idea de prevención especial, porque en ese momento debe perseguirse la reeducación y reinserción social del delincuente. En esta fase recuerda MIR PUIG que en la doctrina alemana prevalece la "teoría del espacio de juego", de acuerdo con la cual la culpabilidad obliga a imponer la pena dentro de un margen (espacio de juego), que oscila entre un máximo y un mínimo, pero la fijación de la pena dentro de dicho espacio debe hacerse con arreglo a las exigencias de la prevención especial, salvo cuando excepcionalmente lo impida la prevención general.

3. LÍMITES GARANTÍSTICOS

Cuando se hizo referencia al Derecho Penal en sentido subjetivo, se indicó que la capacidad del Estado para crear normas incriminadoras debe cumplir determinadas condiciones y respetar ciertos límites para ser legítimo.

De hecho, el concepto de *Ius puniendi* está íntima e indisolublemente unido a la idea de límites dentro de los cuales puede un Estado ejercer legítimamente esta potestad punitiva.

La respuesta a esta pregunta dependerá de la configuración constitucional del Estado, en cuanto la función que se asigna al Derecho Penal es distinta en un Estado autoritario o en un Estado democrático, y también son distintos los límites que en uno y otro Estado inciden en el Derecho Penal. La configuración del Estado, por lo tanto, tiene una trascendencia definitiva en la configuración del Derecho Penal.

Estos límites no tienen que ver únicamente con las normas constitucionales que regulan los procedimientos mediante los que se crean y apruebas leyes, ni con los procedimientos mediante los que se actúa el Derecho Penal, recogidos en Códigos Procesales o Leyes de Enjuiciamiento, sino con el propio contenido del Derecho Penal.

Así, si partimos de la concepción del Estado como Estado democrático de derecho, veremos que, de un lado, el Estado de derecho impone la sujeción de la potestad punitiva al derecho, dando lugar a los límites que se derivan del principio de legalidad. De otro, el carácter democrático del Estado de derecho también impone una serie de límites al Derecho Penal, en cuanto sitúa en su centro al ciudadano y el respeto a su dignidad. Tales son los principios de intervención mínima, lesividad y culpabilidad.

3.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad es una condición básica del Estado de derecho. Es una exigencia de seguridad jurídica, y una garantía individual:

1) Seguridad jurídica: el ciudadano debe poder conocer qué no puede hacer (o qué debe hacer) y la pena que sufrirá si lo hace (o deja de hacerlo).

2) Garantía individual: el ciudadano no puede verse sometido a un castigo si no está previsto en una ley aprobada por el órgano competente del Estado.

La formulación clásica del principio de legalidad penal corresponde a Feuerbach, que lo enunció mediante el aforismo *"nullum crimen, nulla poena sine lege",* y lo fundamentó en la teoría de la pena como coacción psíquica (prevención general): Para él, como apunta Vives Antón, toda pena jurídica pronunciada por el Estado es consecuencia de una ley fundada en la necesidad de conservar los derechos exteriores y que contiene la amenaza de un mal sensible frente a una lesión al derecho. Y no puede ser sino consecuencia de una ley, puesto que el fin de la amenaza penal es evitar las lesiones del derecho por medio de la intimidación de todos aquellos que podrían cometer tales lesiones, y mal podría intimidar a la generalidad una amenaza penal que no se hallase, clara y públicamente, establecida por medio de la ley.

Junto a esta formulación, derivada de las exigencias de la seguridad jurídica, el principio de legalidad también se fundamentó como garantía política. Así, Beccaria, en *dei delitti e delle pene*, había fundamentado el principio de legalidad en el contrato social, basado en la división de poderes y en el que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Así, indicaba que "… sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado, (que es parte de ella), puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad".

Esta fundamentación permite desconectar las exigencias del principio de legalidad de las teorías de la pena, y construirlo como un principio básico constitucional del Derecho Penal, derivado del Estado de derecho, con independencia de la teoría de los fines de la pena, absoluta o relativa, que se sostenga.

En este sentido, en España el Tribunal Constitucional ha considerado que el "derecho a la legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, incorpora en primer término una garantía de orden formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden. Esta garantía formal … implica que sólo el Parlamento está legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas y vincula el principio de legalidad al Estado de Derecho, esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad y el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley".

3.1.1 Garantías del principio de legalidad

El principio de legalidad es, por lo tanto, la garantía jurídica de los ciudadanos frente al *ius puniendi* estatal. Esta garantía comprende las siguientes vertientes:

a) Garantía criminal

La garantía criminal exige que se califique como delito única y exclusivamente lo que ley considera como tal (*nullum crimen sine lege*).

La garantía criminal está contemplada en el art. 8.6 CRD, cuando dispone que "a nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda, ni impedírsele lo que la ley no prohíbe". También puede deducirse del art. 47 CRD, que dispone que "la ley sólo dispone y se aplica para el porvenir. No tiene efecto retroactiva sino cuando sea favorable al que esté sub-iúdice o cumpliendo condena". Este precepto no recoge todas las exigencias del principio de legalidad, sino sólo la garantía criminal y la exigencia de irretroactividad de las leyes, que obviamente se aplica con absoluto rigor a las que establecen delitos y faltas.

El Código Penal, por su parte, recoge la garantía criminal del principio de legalidad en su art. 4, al indicar que las contravenciones, los delitos y los crímenes que se cometan, no podrán penarse, sino en virtud de una disposición de ley promulgada con anterioridad a su comisión.

También resulta de singular trascendencia la Resolución 1920/2003 de la Suprema Corte de Justicia, que dispone que "el derecho a un proceso legal deriva del principio de legalidad, consagrado en el art. 8.5 CRD, que dispone que "a nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedírsele lo que la ley no prohíbe".

Del mismo modo consagrado por el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y por el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

Como consecuencia de la adopción del principio de legalidad como garantía constitucional se deriva que la única fuente directa del Derecho Penal es la ley. De este modo, las fuentes indirectas tienen una virtualidad sumamente limitada.

Tales fuentes indirectas son las que no tienen, por tanto, la virtud de crear normas penales, pero que sí pueden influir y coadyuvar de forma indirecta, aunque careciendo en absoluto de fuerza coercitiva, únicamente reconocida a la ley penal.

1) La costumbre

La costumbre, que puede ser fuente creadora de normas en otras ramas del Derecho, como en Derecho Civil o Mercantil, no puede ser considerada fuente directa en Derecho Penal, porque entraría en abierta contradicción con el principio de legalidad penal y la prohibición de analogía.

2) Los principios generales del derecho

En otras ramas del derecho pueden ser fuentes supletorias. Sin embargo, en Derecho Penal, por su naturaleza abstracta y por la primacía del principio de legalidad, no pueden ser fuente directa e inmediata. Sin embargo, dada su naturaleza de postulados axiológicos, son de importancia para la interpretación, valoración y aplicación de las normas de Derecho Penal.

3) Los tratados internacionales

Se refiere a los convenios, tratados y acuerdos suscritos y ratificados por República Dominicana. En relación los mismos debe recordarse que el art. 1 CPP establece que "los tribunales, al aplicar la ley, garantizan la vigencia efectiva de la Constitución de la República y de los tratados internacionales y sus interpretaciones por los órganos jurisdiccionales creados por éstos, cuyas normas y principios son de aplicación directa e inmediata en los casos sometidos a su jurisdicción y prevalecen siempre sobre la ley".

Sin embargo, en materia penal sustantiva, el principio de legalidad, en cuanto garantía política constitucionalizada, prevalece en cuanto a la creación de figuras delictivas, así como en cuanto a la asociación de penas a las mismas como consecuencias jurídicas. La importancia de este precepto es vital, por lo tanto, para interpretar y aplicar la ley en materia de derechos humanos y de garantías, pero no puede suplir a la ley como fuerte directa del Derecho Penal.

4) La jurisprudencia

La doctrina emanada de los Tribunales al resolver los casos penales sometidos a su consideración puede ser útil para el conocimiento y la interpretación de la ley en su aplicación a casos concretos, pero no puede ser fuente directa de Derecho Penal.

b) Garantía penal

La garantía penal exige que la ley señale también la pena que corresponde al autor del hecho (nulla poena sine lege). Está también comprendida también en los arts. 47 CRD y, especialmente, en el art. 4 CP, que hace expresa referencia a que los delitos y crímenes no pueden "penarse" sino en virtud de ley anterior a su comisión.

c) Garantía jurisdiccional

La garantía jurisdiccional dispone que nadie puede ser condenado sino en virtud de un juicio formal ante sus jueces naturales, en el que se respeten las garantías establecidas por la ley (*"Nemo damnetur sine per legale iudicium"*)..

Esta garantía puede verse en parte consignada en el art. 8.2.j CRD, que dispone que "nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado, ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa". Obsérvese que se exige que tales procedimientos estén regulados por ley. Por su parte el art. 2 CPP dispone que nadie puede ser sancionado a una pena o medida de seguridad sin un juicio previo que, de acuerdo con el art. 3 CPP se llevará a cabo por los Tribunales constituidos conforme a. Código Procesal Penal con anterioridad a los hechos de la causa.

El art. 7 CPP, por su parte, establece el principio de legalidad del proceso, al establecer que nadie puede ser sometido a proceso penal sin la existencia de ley previa al hecho imputado.

d) Garantía de ejecución

De acuerdo con esta última garantía, no puede ejecutarse pena alguna sino en la forma prevista en la ley.

La garantía de ejecución está consagrada en el art. 7 CPP, que dispone que la necesidad de ley previa al hecho imputado rige además en lo concerniente a la ejecución de la pena o medida de seguridad ordenada por los tribunales, del que se deduce con naturalidad que la ejecución de la pena debe sujetarse a la ley.

En relación con esta última garantía, debe traerse a colación la Resolución Nº 296/2005, de la Suprema Corte de Justicia, que establece que, para los fines de la ejecución judicial de la pena, es principio rector el principio de legalidad, que implica

la sujeción de la ejecución de las penas y medidas de seguridad al respeto estricto de la Constitución, los tratados internacionales sobre los derechos de los condenados, al Código Procesal Penal; a la Ley 224, que establece el Régimen Penitenciario, de 13 de junio de 1984 y la Ley 164, sobre Libertad Condicional de 20 de agosto de 1985 y otras leyes correlativas, de conformidad con el principio 7 del CPP.

3.1.2 Requisitos de las normas penales derivados del principio de legalidad

Las normas jurídico-penales, como consecuencia del principio de legalidad, deben reunir una serie de requisitos que se sistematizan en la tradicional exigencia de lex certa, lex praevia, lex stricta y lex scripta.

3.1.2.1 Lex certa

El principio de legalidad impone al legislador la obligación de determinar con la mayor claridad y precisión tanto el presupuesto de la norma como la consecuencia jurídica. Es lo que Roxin ha denominado el "mandato de certeza".

Esta necesidad de claridad y precisión es denominada por Bacigalupo exigencia de exhaustividad, afirmando que, en principio, serán exhaustivas aquellas disposiciones que contengan todos los presupuestos que condicionan la pena y determinan la consecuencia jurídica.

La forma en que se cumple la exigencia de certeza de las normas penales es mediante la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales, es decir, mediante la tipificación de las conductas que se quieren prohibir.

Para la redacción de cada uno de los tipos penales, el legislador debe utilizar un lenguaje claro, preciso y asequible, que generalmente emplee *elementos descriptivos,* que son estados o procesos del mundo real o anímico, que se comprenden sin dificultad por un ciudadano medio (por ejemplo: matar, lesiones, robar, etc.). A veces, no obstante, deben emplearse *elementos normativos*, que son aquellos que requieren, para su determinación, una valoración judicial de la situación o hecho (por ejemplo, acreedor, insolvencia, etc). Estos elementos normativos aunque inevitables en ocasiones para la adecuada y certera descripción del tipo, deben ser empleados restrictivamente, en cuanto, al requerir una valoración judicial, traen consigo cierta indeterminación y subjetivismo para la integración del tipo.

Otro problema que presenta el grado de determinación del tipo penal es el de su mayor o menos casuismo. Desde luego, el casuismo tiene la ventaja de la mayor certeza en la especificación la conducta prohibida. Un ejemplo es la tipificación de la falsedad, en el art. 145 CP, que castiga al "que cometiere falsedad, con-

trahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica, alterando la naturaleza de los actos, escrituras o firmas, suponiendo en un acto la intervención o presencia de personas que no han tenido parte en él, intercalando escrituras en los registros u otros actos públicos después de su confección o clausura". El problema que presenta es que por mucho que abarque, es imposible describir todas las conductas con cada una de sus modalidades, lo que genera peligrosas lagunas, difíciles de salvar sin acudir a la más peligrosa analogía.

El extremo contrario es el de la tipificación mediante cláusulas generales, que tienen la ventaja de ser más abstractas y, por tanto, no dejar lagunas con sus consiguientes espacios de impunidad, pero que tienen la desventaja de su falta de certeza y de su indeterminación, que pueden lesionar el principio de legalidad. Por esta razón, la generalización encuentra su límite cuando ya no es posible conocer por el ciudadano medio cuál es exactamente la conducta prohibida, a fin de saber a qué atenerse y a qué mandatos y prohibiciones debe sujetar su comportamiento. En estos casos los tipos penales sitúan en las manos del juzgador la determinación de qué es lo que se prohíbe, con el riesgo de que aplique sus valores personales, que bien pudieran ser distintas de las dominantes en al sociedad.

CASO: *Lex certa.*

Objetivo Formativo: *Analizar el requisito de certeza del principio de legalidad*

Descripción del supuesto fáctico planteado:

El art. 330 CP castiga al "que públicamente cometiere un ultraje al pudor, será castigado según la gravedad del caso, con prisión correcional de tres meses a dos años, y multa de cinco a cincuenta pesos"

¿Colma la descripción típica contenida en el art. 330 CP las exigencia de certeza del principio de legalidad penal?

Otro riesgo para la exigencia de certeza de los tipos penales es el empleo de conceptos jurídicos intedeterminados. Un ejemplo lo tenemos en el art . 204 CP, que castiga al ministro de un culto que, en cualquier escrito que contenga instrucciones pastorales, se ingiera de una manera cualquiera en vituperar o censurar al Gobierno, o un acto de la autoridad pública, agravándose la pena, de acuerdo con el art. 205 CP, si el escrito contuviere provocaciones directas contrarias al "respeto debido a la ley". Este concepto ("respeto debido") es una expresión ambigua, con la que corre el peligro de incurrirse en la arbitrariedad.

La cuestión es distinta en lo que se refiere a la determinación de la consecuencia jurídica, en la que debe dejarse cierto margen de actuación al juez. En este sentido, Muñoz Conde apunta que los límites indeseables estarían en las p*enas absolutamente determinadas*, que son inaplicables en la práctica, porque excluyen la apreciación de todos los matices y circunstancias que concurren en la comisión de delitos, ni permiten la adecuación de la pena a la personalidad del culpable, y en las *penas absolutamente indeterminadas*, que suponen una clara infracción del principio de legalidad, pues dejan al arbitrio del juez su duración y naturaleza. Por esta razón, el sistema ideal sería el de las *penas relativamente determinadas*, que oscilan entre un máximo y un mínimo de duracion, y combinadas con las reglas legales de individualización de la pena, permiten que la pena concreta se adecue a la gravedad del hecho y a las circunstancias concurrentes en el culpable.

Estas garantías materiales derivadas de principio del legalidad que están relacionadas con el legislador y con la forma en que tiene que cumplir la exigencia de lex certa han sido definidas por el Tribunal Constitucional de España (STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2), del siguiente modo:

"Junto a la garantía formal, el principio de legalidad comprende una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comportan fundamentalmente la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora. En este sentido hemos declarado que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales, promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles. También hemos señalado que la ley ha de describir ex ante el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa. Expresado con otras palabras, el legislador ha de operar con tipos, es decir, con una descripción estereotipada de las acciones y omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones, lo que exige una concreción y precisión de los elementos básicos de la correspondiente figura delictiva; resultando desconocida esta exigencia cuando se establece un supuesto de hecho tan extensamente delimitado que no permite deducir siquiera qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas. Todo ello orientado a garantizar la seguridad jurídica, de modo que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones".

3.1.2.2 Lex stricta

En la misma dirección que la exigencia de lex certa, la exigencia de que la ley penal sea estricta hace referencia, fundamentalmente, a la exclusión de la analogía.

La analogía consiste en hacer aplicable la norma a un caso semejante, pero no comprendido ni en la letra ni en el pensamiento el espíritu de la ley. En esto se distingue de la interpretación extensiva, que consiste en la aplicación de la norma hasta donde lo consiente el sentido literal de la norma.

Tradicionalmente se distingue entre la:

1) Analogía *in malam partem*, esto es, la desfavorable al reo, que castiga hechos no previstos en la ley, aplicando otra norma penal a falta de una regla legal exactamente aplicable..

2) Analogía *in bonam partem*, que es la favorable al acusado, admitiendo eximentes o atenuantes no definidas por el legislador.

Existe, desde luego, absoluta unanimidad en la proscripción de la analogía in malam partem, en aplicación del principio *"nullum crimen, nulla poena sine lege"*.

En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, a los jueces y tribunales, en cuanto se hallan sometidos al principio de tipicidad, les está vedada la analogía in malam partem, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. En caso contrario la misma se convertiría en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes. En el mismo sentido Pérez Médez considera que, en cuanto el Derecho Penal es de aplicación estricta, ello "impide a los jueces echar mano a la analogía".

El problema en estos casos se traduce en determinar cuándo hay analogía in malam partem, habida cuenta que toda norma penal admite diversas interpretaciones, como consecuencia natural, entre otros factores, de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo. Una vía para hacerlo (esta es, de hecho, la seguida por el Tribunal Constitucional español –entre muchas otras, por ejemplo, en la STC 13/2003, de 28 de enero, FJ 3), es precisar que hay aplicación analógica o extensiva in malam partem, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando la aplicación de la norma penal carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica.

La cuestión es más discutida en relación con la analogía in bonam partem. La doctrina clásica la consideró admisible, con el argumento de que la doctrina excepcional de las fuentes del derecho penal por exigencias del principio de legalidad no se opone a que, en todo lo que no sea la determinación de mandatos y prohibiciones y consecuencias jurídicas, rija la doctrina general de las fuentes del derecho. De este modo, estaría legitimada en la aplicación de la doctrina general de la interpretación penal: una interpretación que extendiera analógicamente las circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad penal, sería inobjetable. En el mismo sentido, Ferrajoli indica que la analogía se admite in bonam partem, "al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del favor rei, a impedir no la restricción, sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera penal de la punibilidad".

En el caso español, por ejemplo, en materia de atenuantes, el art. 22.6 CP admite la aplicación de "cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores". Igual ocurre en El Salvador, donde el art. 29.5 CP prevé como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal "cualquier otra circunstancia de igual entidad, que a juicio del Tribunal deba ser apreciada por su analogía con las anteriores o por peculiares condiciones personales del agente o de su ambiente".

No contiene norma semejante el Código Penal dominicano que, sin embargo, establece en el art. 65 CP que "los crímenes y delitos que se cometan, no pueden ser excusados, ni la penas que la ley les impone puede mitigarse, sino en los casos y circunstancias en que la misma ley declara admisible la excusa, o autorice la imposición de una pena menos grave", lo que pareciera excluir cualquier clase de analogía favorable incluso para la atenuación de responsabilidad. Por el contrario, sí que hay norma expresa habilitante en el Código Procesal Penal, cuyo art. 25.2 CPP permite "La analogía y la interpretación extensiva … para favorecer la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos y facultades".

3.1.2.3 Lex scripta

La ley formal es la única fuente directa del Derecho Penal, estando prohibido fundamentar la punibilidad en la costumbre.

Esta exclusión de la costumbre rige estrictamente en la fundamentación de la punibilidad. Ello no impide, sin embargo, que pueda admitirse como fuente indirecta in bonam partem.

Un ejemplo evidente de esta aplicabilidad favorable puede estar en las causas de justificación, pues a través de ellas pueden entrar en el Derecho Penal otras ramas del derecho, en las que la costumbre sí está permitida como fuente del derecho. Así, en los casos en que la excusa de una conducta puede obedecer a haberla llevado a cabo en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un oficio, pues en

muchas ocasiones será la costumbre la que determinará cuándo este ejercicio es realmente legítimo. Otras veces son elementos normativos del tipo (por ejemplo, la diligencia debida), los que deben determinarse, en función del contexto y de las circunstancias, en función precisamente de la costumbre.

Cuestión distinta es el tratamiento de la costumbre como causa de inaplicación de la ley. Se refiere a este supuesto Muñoz Conde, recordando que hay preceptos penales que carecen de aplicación práctica, porque van en contra de una realidad social que ya no existe, o que ha sido superada. Son supuestos de deterioro social de la ley que, sin embargo, carece de eficacia para derogarla.

3.1.2.4 Lex praevia

La exigencia de lex praevia expresa la prohibición de retroactividad de las leyes penales: el principio de legalidad penal prohíbe la retroactividad de la ley penal que, por lo tanto, no pueden aplicarse a hechos cometidos antes de su entrada en vigor.

Obviamente, las funciones del Derecho Penal de protección de bienes jurídicos a través de la prevención y de motivación no pueden alcanzarse si la persona no puede saber de antemano qué está prohibido y qué no, de modo que pueda ajustar su comportamiento a tal conocimiento. Estaría permanentemente atemorizado por cuanto lo que hoy realiza, porque no está prohibido por la ley penal, mañana puede estarlo y ser castigado a causa de su comisión. Por esta razón afirma HOBBES que "si la pena supone un hecho considerado como una trasgresión por la ley, el daño inflingido por un hecho perpetrado antes de existir una ley que lo prohibiera no es pena, sino un acto de hostilidad, pues antes de la ley no existe trasgresión de la ley; por eso ninguna ley hecha después de realizarse una acción puede hacer de ella un delito".

Este principio se completa con el de no ultraactividad de la ley penal, en cuyo virtud la ley penal tampoco se aplica a hechos realizados con posterioridad a su derogación.

El principio de irretroactividad de ley penal ha tenido reconocimiento internacional, habiendo sido recogido en el art. 11.2 de la Declaración de los Derecho del Hombre de Naciones unidas de 1948, que establece que "nadie será condenado por actos y omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho Nacional o Internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito". Con similar contenido, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 dispone que "nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello". La Convención Interamericana de

Derechos Humanos, por su parte, también lo consagra, en su artículo 9, que dispone que "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

En el ámbito nacional, el principio de no retroactividad de la ley está consagrado en el art. 47 CRD, que establece que "la ley sólo dispone y se aplica para lo porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que esté subjúdice o esté cumpliendo condena. En ningún caso la ley ni poder público alguno podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior".

Con referencia específica a las leyes penales, el principio de irretroactividad se recoge en el art. 4 CP, que establece que "las contravenciones, los delitos y los crímenes que se cometan, no podrán penarse, sino en virtud de una disposición de ley promulgada con anterioridad a su comisión".

El principio de irretroactividad se aplica de forma absoluta incluso en los supuestos en los que el enjuiciamiento de un hecho se haga en un momento en que ya está en vigor una ley nueva que incrimina este hecho (que no lo estaba anteriormente) o que le da un tratamiento más desfavorable. En ambos casos debe aplicarse la ley vigente al momento de su comisión.

3.2 EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

Ya se ha indicado que el Derecho Penal es un medio de control social que debe limitarse a intervenir en los casos en que la protección social no puede conseguirse por medio de otros instrumentos que sean menos lesivos para los derechos individuales. Por esta razón, el Derecho Penal tiene el carácter de ultima ratio que entra en acción subsidiariamente, en defecto de otros medios menos intervencionistas y lesivos. Debe así evitarse lo que se ha denominado "huida al Derecho Penal", que implica la pretensión que en ocasiones tiene el Estado de recurrir excesivamente al Derecho Penal para tratar (generalmente de modo infructuoso) de solventar problemas sociales que tienen su causa remota en circunstancias que, con mejor criterio, debían ser atendidas y resueltas mediante políticas sociales, educativas, laborales, etc., y no mediante el más sencillo y económico (pero, al cabo, más costoso e ineficaz) recurso a la represión penal.

Junto a su carácter subsidiario, también se ha afirmado el principio del carácter fragmentario que el Derecho Penal tiene. Quiere ello decir que el Derecho Penal debe reservarse a los ataques más graves a todos los bienes jurídicos. Ello implica

que el Derecho Penal no aspira a convertirse en un sistema completo e integral de protección de bienes jurídicos sino, al contrario, a incorporar a su ámbito, únicamente algunos bienes jurídicos (los más relevantes); y, en relación a los mismos, a tipificar como conductas delictivas exclusivamente los ataques más graves, esto es, aquellos que no pueden evitarse eficazmente mediante otros instrumentos de control social.

El indicado atributo de subsidiariedad no significa, sin embargo, que el Derecho Penal constituya una disciplina dependiente de las restantes ramas del ordenamiento jurídico. Es, desde luego, una rama del ordenamiento jurídico y, como tal, está con las demás en una relación de interdependencia. Y, en esta relación, es independiente en sus efectos, y relativamente independiente en sus presupuestos.

a) En relación con sus efectos

En relación con sus efectos, que son la pena y la medida de seguridad, son privativos del Derecho Penal, estando su uso reservado al mismo y siendo, por lo tanto, una disciplina independiente en cuanto a su configuración y aplicación.

Ello no quiere decir, sin embargo, que la potestad sancionadora sea exclusiva del Derecho Penal. Las sanciones privativas penales coexisten, de hecho, con otras de naturaleza diferente, civil o, más generalmente, administrativas (por ejemplo, las multas de tráfico). Y es el legislador quien determina qué sanciones puede imponer el Derecho Administrativo sancionador y cuáles están reservadas al Derecho Penal como penas o medidas de seguridad y exigen la intervención de órganos jurisdiccionales.

La distinción entre una y otra clase de sanciones es fácil aplicando el criterio del órgano llamado a imponerlas: si quien lo hace es una autoridad u órgano administrativo, la sanción es de naturaleza administrativa; si la impone es un juez o tribunal tras el proceso penal debido, es una sanción penal. Pero la cuestión se torna más compleja si pretende atenderse a la gravedad de la propia sanción. Y ello porque, si bien es cierto que, con carácter general, las sanciones más graves son las penas (en cuanto pueden ser privativas de libertad, lo que no ocurre con las sanciones administrativas), hay otros casos, como ocurre con las multas, en que la sanción puede ser penal o administrativa, y a veces resulta que la multa administrativa es más grave que las multas penales, lo que oscurece incluso el postulado carácter de ultima ratio del Derecho Penal.

Un problema importante que se deriva de la coexistencia de estos dos tipos de sanciones, penales y administrativas es el de la posible aplicación conjunta de ambas clases de sanciones al mismo hecho.

Sobre este particular, conviene indicar que el principio non bis in idem, que tiene su anclaje constitucional en el art. 8.2.h CRD ("nadie podrá ser juzgado dos

veces por una misma causa"), constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro derecho, ha sido reconocido expresamente también en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, y en particular en el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU —hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, protegiendo al ciudadano, frente a la ulterior sanción administrativa o penal por los mismos hechos.

El principio non bis in idem tiene, en otras palabras, una doble dimensión: a) la material o sustantiva, que impide sancionar al mismo sujeto "en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento", y que "tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente; y b) la procesal o formal, que proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y que tiene como primera concreción la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal (en este sentido las SSTEDH de 29 de mayo de 2001, en el caso Franz Fischer contra Austria; y de 6 de junio de 2002, en el asunto Sallen contra Austria).

El principio non bis in idem opera pues, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador. Pero este principio despliega sus efectos tanto materiales como procesales cuando concurre una identidad de sujeto, hecho y fundamento. Es decir, que no actúa y, por tanto, no impide la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos sujetos y los mismos hechos, cuando no concurre el mismo fundamento o la misma perspectiva.

Esto ha llevado, por ejemplo, a admitir la duplicidad de sanciones disciplinarias y penales cuando el interés jurídicamente protegido sea distinto y la sanción sea proporcionada a esa protección. Así, por ejemplo, en el caso de un abogado que cometa un hecho delictivo y que sea sancionado penalmente por los órganos jurisdiccionales penales y, al mismo tiempo, sea sancionado disciplinariamente por el correspondiente Colegio de Abogados u órgano que tenga atribuida la potestad disciplinaria sobre las faltas disciplinarias, éticas o deontológicas en que los abogados incurran. En estos casos el fundamento de cada sanción es distinto: el fundamento de la sanción penal es la protección del bien jurídico protegido que ha sido lesionado o puesto en peligro

por la conducta realizada, mientras que el fundamento de la sanción disciplinaria es la función de vigilar el ejercicio de la abogacía y velar porque dicha actividad profesional se adecue a los intereses de los ciudadanos.

b) En relación con los presupuestos

En este ámbito, es claro que hay tipos penales claramente autónomos, porque no tienen correlativo en otras normas no penales. Pero hay otros grupos de delitos que están íntimamente ligados con otras disciplinas no penales, y que exigen acudir a las mismas para determinar sus presupuestos.

Esto ocurre, a título de ejemplo, en todos los delitos contra el patrimonio, que descansan en relaciones jurídico-privadas, que deben ser tomadas en cuenta y que, en muchos casos, plantean problemas que deben ser resueltos previamente a la determinación de las responsabilidades penales, pues la existencia o no del delito puede depender de la decisión previa sobre esas relaciones jurídico privadas que pertenecen a otras ramas del derecho.

3.3 EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Otro principio básico político-criminal es el de responsabilidad o culpabilidad que proviene del principio democrático elemental de la dignidad de la persona humana. El principio de culpabilidad significa que únicamente debe ser castigado con una pena criminal el autor de una conducta típica y antijurídica cuando le pueda ser personalmente reprochada. Sólo en este caso puede afirmarse que el sujeto es culpable. Y se entiende que una conducta le puede ser reprochada personalmente cuando el autor es imputable, actúa dolosa o culposamente, y le es exigible otra conducta distinta.

La consecuencia de este principio es que sin culpabilidad no hay delito y, por tanto, no puede imponerse pena alguna: la culpabilidad es el límite de la responsabilidad penal.

Siguiendo a Mir Puig, bajo la expresión "culpabilidad" pueden incluirse diferentes límites del ius puniendi:

a) Principio de personalidad de las penas

Este principio impide castigar a alguien por un hecho ajeno, proscribiéndose, así, las responsabilidades colectivas, en cuya virtud se castigaba a todos los miembros de una familia por los hechos cometidos por uno de sus miembros.

Más modernamente, el principio de personalidad de las penas se toma en consideración para determinar si deben responder penalmente las personas jurídicas o sus gestores por los hechos cometidos por aquéllas.

b) Principio de responsabilidad por el hecho

Este principio contribuye a construir un Derecho Penal del hecho, por contraposición al "Derecho Penal de autor", que castiga por el carácter o modo de ser. Precisamente el mandato de certeza (lex certa) que inspira el Derecho Penal trata de garantizar que cada uno de los tipos penales describa con toda precisión cada una de las conductas o hechos que se reputan delictivos, incluyendo en la descripción cada uno del los elementos que los integran.

c) Principio de culpabilidad en sentido estricto o principio de dolo o culpa

De acuerdo con este principio, no basta para fundar la responsabilidad penal la producción de un resultado lesivo o dañoso, o la objetiva realización de una conducta descrita como delictiva en un tipo penal. No es suficiente, a título de ejemplo, con saber que una persona ha causado voluntariamente un resultado lesivo para la salud de otro. Y tampoco nos basta con saber que esta resultado es típico y antijurídico. Ha de indagarse, además, si quiso producir a la otra persona el menoscabo de su integridad física o su muerte. La consecuencia directa de la aplicación del principio de culpabilidad es que "no hay pena sin culpabilidad", de modo que, cuando el autor ni siquiera ha actuado imprudente o negligentemente (por haber actuado con previsibilidad y desplegado la diligencia debida), no cabe imponer pena alguna.

Cuando no se aplica este principio se está condenando a una persona por una acción que ciertamente ha realizado o por un resultado lesivo que ha producido, pero sin dolo ni culpa. Son los casos de "responsabilidad objetiva", de los que aún quedan algunos vestigios, que permiten imponer penas en ausencia de dolo o culpa, o imponer una pena que no es adecuada ni proporcionada a la entidad de la culpabilidad.

Un caso de negación del principio de culpabilidad son los denominados "delitos cualificados por el resultado". Son tipos penales en los que el legislador ha unido un tipo básico, que ha de realizarse dolosa o culposamente, y un resultado que de el se deriva, y respecto del que no se precisa culpabilidad alguna para castigar al autor del tipo básico con una pena más grave que la que le hubiera correspondido si el resultado más grave no se hubiera producido.

Ejemplo de delito cualificado por el resultado es el art. 309 CP, que establece que "el que voluntariamente infiere heridas, diere golpes, cometiere actos de violencia o vías de hecho, si de ellos resultare al agraviado una enfermedad o imposibilidad de dedicarse al trabajo durante más de veinte días, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, y una multa de diez a cien pesos. Si las heridas o los golpes inferidos voluntariamente han ocasionado la muerte del agraviado, la pena será de trabajos públicos, aún cuando la intención del ofensor no haya sido causar la muerte de aquél". Otro ejemplo está contenido en el art. 231 CP, que dispone que "cuando las violencias especificadas en los artículos 228 y 230, den por resultado la

efusión de sangre, heridas o enfermedad, se impondrá al culpable la pena de reclusión, agravándose ésta hasta la de trabajos públicos, si el agraviado muriere dentro de los cuarenta días del hecho". Un tercer ejemplo está contenido en el art. 351 que, en relación con el abandono de niños establece que si por la circunstancia del abandono le sobreviene al niño la muerte, los culpables serán reputados reos de homicidio".

d) Principio de atribuibilidad normal o de imputabilidad

Constituye este principio el primer presupuesto de la culpabilidad, y consiste precisamente en la capacidad de culpabilidad, lo que implica dos elementos: poder conocer el significado antijurídico de la acción y poder orientar la conducta conforme a ese conocimiento.

Las personas a quienes faltan las dos o una de estas capacidade son inimputables. Puede haber también personas que, sin carecer de estas capacidades, las tienen disminuidas notablemente son los semiimputables.

Recordando que la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos mediante la motivación, el principio de atribuibilidad, los inimputables o semiimputables son personas a quienes la norma penal no les motiva con la eficacia normalmente prevista porque tienen una inferioridad determinada, y a los que, por tanto, no puede castigarse como si no poseyeran tal inferioridad.

Aunque la capacidad de culpabilidad tiene como sustrato una situación acreditada de inferioridad o discapacidad personal o situacional, debe tenerse presente que es una categoría jurídica, y no médica. Su apreciación, por lo tanto, es una cuestión de derecho que no resulta en absoluto prejuzgada por la opinión de los peritos médicos que puedan dictaminar sobre tal sustrato. Por ello los Tribunales pueden apartarse al juzgar sobre la capacidad de culpabilidad de la opinión contenida en los dictámenes periciales.

3.4 PRINCIPIO DE LESIVIDAD

El principio de lesividad ha supuesto la evolución de una antijuridicidad meramente formal, que estimaba conveniente para considerar delictivo un comportamiento determinado su mera tipificación como tal por el legislador positivo, incluyéndolo al efecto en el Código Penal o en leyes penales especiales, a una antijuricidad material, que plasma en la idea de dañosidad social.

Esta idea de lesividad o dañosidad social del bien jurídico puede enunciarse afirmando que "No hay hecho punible sin bien jurídico vulnerado o puesto en peligro". Este principio, enseña Ferrajoli, impone a la ciencia y a la práctica jurídica precisamente la carga de la demostración de la lesividad de la conducta. De este modo, la necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, "condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico".

En este sentido lo define la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al afirmar (S de 28 de mayo de 2003), que "el principio de lesividad establece que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no exista por lo menos una afectación a un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo".

Un ejemplo de su aplicación (en un caso de tenencia de armas prohibidas) puede verse, por ejemplo, en la STC 24/2004, de 14 de febrero, del Tribunal Constitucional de España, que afirmaba que "el recurso a la sanción penal resultaría desproporcionado, … , frente a todas aquellas conductas que, constituyendo tenencia de armas prohibidas por estar incluidas en tal concepto en la normativa administrativa, carecieran de potencialidad lesiva para la seguridad ciudadana, pues la imposición de sanciones penales sólo puede considerarse proporcionada y constitucionalmente legítima, si resulta necesaria para proteger bienes jurídicos esenciales frente a conductas lesivas o peligrosas para los mismos (principio de lesividad o exigencia de antijuridicidad material)".

Sobre la necesidad de que la puesta en peligro del bien jurídico se produzca "en verdad", la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sentencia de 19 de enero de 2006, indicaba que "el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de que se ha hablado, hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en este caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporoespacial diferente".

Este principio constituye un límite al poder punitivo estatal, en cuanto que el Estado no puede establecer hechos punibles sino en virtud de la existencia de un bien jurídico digno de protección.

El delito implica la violación de un bien jurídico (desvalor del resultado), pero también comporta la trasgresión de determinados valores materiales, sociales y culturales que se traducen en acciones ilícitas de injusto penal, que favorecen a las clases dominantes (desvalor de acción), que implica vulneración de las llamadas normas de convivencia social. El injusto penal comporta un doble desvalor: primero el referente, a la lesión o violación de los bienes jurídicos tutelados, según la tipificación de la conducta antijurídica y punible, que atenta contra el ordenamiento jurídico del Estado y los intereses protegidos; segundo, el consistente en violación de las normas de convivencia social; por tanto, la acción ilícita e injusta es también acción antisocial.

"El principio de lesividad –por estar ligado al de necesidad de las penas y con ello a la versión liberal de la utilidad penal como mínima restricción necesaria, y una vez definidos sus parámetros y alcance- es idóneo para vincular al legislador a la máxima kantiana, válida sobre todo en el campo penal, según la cual la (única) tarea del derecho es la de hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno. En esta línea, el art. 4 de la Declaración de derechos de 1789 establece que la libertad `consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás; de este modo, la existencia de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Estos limites no pueden ser determinados sino por ley`. Históricamente, por lo demás, este principio ha jugado un papel esencial en la definición del moderno Estado de Derecho y en la elaboración, cuando menos teórica, de un derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran necesarios o fundamentales"

FERRAJOLI, Luigi. En Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.

4. LA LEY PENAL

4.1 CONCEPTO DE LEY PENAL.

Cuando se habla de ley se hace en un doble sentido, formal y material.

En sentido formal, la ley es la disposición de carácter general aprobada por el Poder Legislativo. En este sentido, y siguiendo a Vives Antón, podemos definir la ley como la "manifestación de voluntad del Poder Legislativo, producida según el procedimiento constitucionalmente previsto, expresada por escrito y revestida de las demás formalidades necesarias, cuyas prescripciones han de ser acatadas por los órganos ejecutivos y judiciales, y que puede emitir, de modo libre e independiente, cualquier clase de reglas o decisiones vinculantes para todos los ciudadanos, siempre que no sean contrarias al a Constitución".

El procedimiento legislativo atraviesa distintas fases. La iniciativa se halla regulada en el art. 38 CRD. Corresponde a los Senadores y Diputados, al Presidente de la República, a la Suprema Corte de Justicia en asuntos judiciales y a la Junta Central Electoral en asuntos electorales. La iniciativa se traduce en proyectos de ley. Una vez que han sido admitidos en una de las Cámaras, tiene lugar la tramitación parlamentaria, que se rige por lo dispuesto en los arts. 39 y 40 CRD. Aprobado definitivamente un proyecto de Ley en los términos previstos en el art. 40 CRD se remitirá al Presidente de la República, para que proceda a observarla o, si no lo hiciera, para que proceda a

su promulgación y publicación. En el caso de que formulare observaciones, el art. 41 CRD prevé la devolución a la Cámara de la que procedió, para nueva discusión. Verificada la cual y aprobada de nuevo en ambas Cámaras con el quórum calificado que la propia Constitución establece, se remite de nuevo al Presidente, que está obligado a promulgarla y publicarla en los plazos indicados.

Las leyes, una vez publicadas íntegramente, son obligatorias para todos los habitantes de la República, de acuerdo con el art. 42 CRD, una vez haya transcurrido el plazo legal previsto para su entrada en vigor, presumiéndose, a partir de ese momento, que ya son conocidas.

La ley penal formal es la única fuente directa del Derecho Penal. El respeto al principio de legalidad impide que cualquier otra fuente del derecho pueda crear delitos o establecer pena, por lo que existe una absoluta reserva legal.

Para que pueda hablarse en sentido material de ley es preciso, además de que exista la disposición de carácter general aprobada por el Poder Legislativo, que la misma contenga una norma. Desde luego, es cierto que sólo son leyes los actos que revisten la forma de leyes y que se han aprobado siguiendo escrupulosamente el procedimiento constitucional establecido a tal fin. Y todos los actos revestidos de tal forma lo son. Pero desde el punto de vista penal la cuestión del contenido de la ley no es irrelevante. Así, apunta Vives Antón la posibilidad de que mediante ley formal se establecieran incriminaciones individuales: carecerían de todo valor, de acuerdo con la Constitución, pues serían contrarias a principios constitucionales básicos (seguridad jurídica, igualdad, etc.). El principio de legalidad penal, por otra parte, impone, por otra parte, exigencias concretas en cuanto al contenido de la ley, en cuanto la ley penal debe contener un presupuesto de hecho, que incorpora el mandato o la prohibición, y la consecuencia jurídica. La sanción se impone, por tanto, por infringir norma de mandato o prohibición que, en consecuencia, está siempre incorporada a la ley penal.

4.2 CLASES DE LEYES PENALES

El Código Penal no es la única fuente directa del Derecho Penal. Puede haber otras normas que componen el ordenamiento punitivo y que gozan de la misma eficacia creadora de normas penales.

a) Leyes penales especiales

Son aquellas leyes distintas del Código Penal que contienen tipos penales y penas y medidas de seguridad.

Entre estas leyes pueden distinguirse dos clases:

1) Leyes penales especiales propias, cuyo único fin es definir delitos y establecer penas.

2) Leyes penales especiales impropias, que son las que no poseen esa exclusiva finalidad, pero que contienen una parte especialmente destinada a configurar delitos y asociarles penas, específicamente relacionados con la materia sustantiva a la que la ley está referida.

b) Leyes penales temporales

Son aquellas que desde el momento de su aprobación establecen que tienen una vigencia limitada al período de tiempo que se fija en la propia ley. Naturalmente que las leyes no son eternas, en cuanto todas pueden ser derogadas en cualquier momento por leyes posteriores, pero la particularidad de las leyes temporales es que ya tienen incorporada ab initio su ámbito temporal.

c) Leyes penales excepcionales

En realidad, son una modalidad de leyes temporales, caracterizada porque nacen para abordar problemas específicos de una situación excepcional que aparece súbita e inesperadamente, y a la que debe hacerse frente con medidas legislativa especiales, llamadas a regir únicamente para los hechos cometidos durante esa situación excepcional.

5. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

5.1 CONCEPTO

La ley penal, por su carácter de disposición general, ha de ser interpretada para su aplicación.

Este acto de interpretación puede definirse, de acuerdo con el concepto tradicional de Castán, perteneciente al Derecho Privado pero aplicable también al Derecho Penal, como la indagación del verdadero sentido y alcance de la norma jurídica, en relación con el caso que por ella ha de ser reglado. Esta operación es necesaria incluso en los casos en que el sentido literal no parece ofrecer problemas. En tales casos, la interpretación consiste en asumir el sentido manifiesto del texto de la ley.

Tradicionalmente se consideró que el acto interpretativo debía tratar de averiguar la voluntad del legislador, identificando la voluntad de la ley con aquélla. Era la denominada teoría subjetiva de la interpretación, referida a la voluntad del legislador histórico. Sin embargo, según la doctrina actualmente vigente, la ley tiene un contenido independiente de la voluntad del legislador, adquiere una vez aprobada norma propia y, precisamente a través de la interpretación, va respondiendo a las necesidades y la evolución del pensamiento jurídico. Es la teoría objetiva de la interpretación, que es la actualmente predominante, y consiste en desentrañar el sentido objetivo que tiene la norma en la actualidad. Las razones que abonan esta tesis son:

- La dificultad inherente a la determinación de cuál es la voluntad del legislador, pues normalmente los órganos legislativos son colegiados y las leyes son el resultado de pactos y transacciones entre objetivos y voluntades diversas.

- Los inadecuados resultados que tal teoría interpretativa arroja, pues el texto de una ley se refiere a un contexto que no permanece inalterable, sino que cambia continua y paulatinamente, lo que influye en el sentido del texto.

5.2 CLASES DE INTERPRETACIÓN

En atención a su origen, la interpretación puede ser auténtica, judicial o doctrinal.

a) Interpretación auténtica: es la dada por el propio legislador, bien por otro precepto contenido en el mismo cuerpo legal (contextual), o bien por otra ley posterior a la que se trata de interpretar, que se promulgan con la finalidad de aclarar términos de la ley ya promulgada. Un ejemplo de interpretación auténtica lo constituyen los arts. 297 y 298 CP, que definen los conceptos premeditación y acechanza en relación con el delito de asesinato.

b) Interpretación judicial: es la que realizan los órganos jurisdiccionales al momento de resolver los conflictos que les son planteados.

c) Interpretación doctrinal: es el producto del trabajo y la reflexión científica de los juristas y académicos en sus estudios y publicaciones.

De acuerdo con los medios que se utilicen, la interpretación puede ser gramatical, teleológica y lógica-sistemática:

a) La interpretación gramatical o literal extrae el sentido de la norma tomando como base el significado gramatical de las palabras que figuran en el texto de la ley. Es el primer grado de la interpretación, que comienza con el análisis del lenguaje tendente a descifrar el significado de los términos utilizados.

b) La interpretación teleológica atiende al fin de la norma, y se pregunta precisamente por el fin que la norma persigue. Para ello es necesario determinar previamente el bien que jurídicamente se protege. La consideración teleológica, como indica Antón Oneca no ha de retrotraerse al momento de promulgación de la ley, sino que ha de referirse al instante de su aplicación, tomando en cuenta las necesidades de la vida social y la conciencia ético-jurídica de aquel momento histórico.

c) La interpretación sistemática es aquella que busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros preceptos, siempre desde la perspectiva de la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico, y saca de ello las conclusiones lógicas pertinentes. Advierte Antón Oneca, no obstante, que "es preciso manejar con moderación el elemento sistemático. El empeño de buscar en leyes imperfectas, de técnica deficiente o anticuada, el rigor sistemático de un tratado doctrinal, conduce a soluciones desprovistas de base real, a la par que lastimosamente injustas".

Por sus resultados, la interpretación puede ser declarativa, restrictiva y extensiva.

a) Interpretación declarativa: se produce cuanto se da perfecta correspondencia entre la voluntad y la letra de la ley.

b) Interpretación restrictiva: concurre cuanto la voluntad de la ley es realmente distinta de lo que la ley expresa, y en este caso debe atribuirse a los términos gramaticales un significado estricto. Es la interpretación que limita el alcance y sentido de la norma en relación con las posibilidades aparentes que ofrecía su falta de precisión o su oscuridad.

c) Interpretación extensiva: se da cuando el significado íntimo de la norma es más amplio que el tenor literal, y en este caso hay que atribuir a las palabras un significado que rebasa su más amplia acepción. Esta interpretación amplía el alcance y sentido de la norma. Sin embargo, debe tomar siempre en cuenta la posibilidad real de ampliación de que la letra o espíritu de la norma le permita, sin sobrepasarlo nunca, so pena caer en terrenos propios de la analogía, que se da en los supuestos en que el caso concreto no está previsto ni en la letra ni en el espíritu de la ley.

La interpretación extensiva es admisible, aun en perjuicio del reo, si se ajusta exactamente al sentido objetivo del texto de la ley. No obstante, ha de actuarse con

especial cautela. La norma debe ser interpretada con todos los medios de interpretación sin limitaciones, para tratar de llegar al auténtico núcleo de la ley, y precisar así su alcance. Verificado que sea, puede admitirse la extensión del sentido de la norma. Ahora bien, allí donde, una vez realizada tal operación exegética, el sentido del texto legal sea dudoso, debe regir el principio in dubio pro reo, para no arriesgarse a condenar contra la voluntad legal. La interpretación penal, en definitiva, ha de ser, como indica Vives Antón, estricta y rigurosa, alcanzando la exigencia de rigor tanto a las normas favorables como a las perjudiciales al reo.

5.3 PRINCIPIOS RECTORES DE LA INTERPRETACIÓN

La interpretación obedece a determinados principios rectores, cuales son: el principio jerárquico, el principio de vigencia, el principio de unidad sistemática y el principio dinámico.

a) Principio jerárquico o de interpretación según la Constitución: conforme al cual las normas penales deben interpretarse de modo compatible con la letra y espíritu del texto constitucional.

b) Principio de vigencia: de acuerdo con el cual, entre dos interpretaciones del mismo precepto es preferible aquélla que da valor al contenido dispositivo de las palabras de la ley, que la que se ve forzada a negárselo.

c) Principio de unidad sistemática: obliga al reconocimiento de validez simultánea de todos los preceptos que componen un determinado ordenamiento jurídico.

d) Principio dinámico: es la expresión de la influencia de las constantes transformaciones del contexto sobre el sentido del texto, en tanto tales cambios plantean nuevos problemas, y alteran los planteamientos que condujeron a dictar las normas.

5.4 PROBLEMAS DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PENALES

Algunos problemas que pueden presentarse en la ley penal tienen que ver directamente con actividades de interpretación de la misma.

5.4.1 Erratas de imprenta

Uno de ellos es la discrepancia entre el texto aprobado y el texto publicado. Normalmente estos dos textos coinciden, y serán idénticos. Pero, en ocasiones, por

errores o erratas de imprenta, difieren. En tales casos, el texto de la ley es el efectivamente aprobado por el Poder Legislativo, no el publicado. Sin embargo, las erratas no dejan de tener cierta efectividad, porque cuando afecten al sentido de la norma reduciendo su ámbito o la punibilidad no podrán aplicarse, porque no puede otorgarse efectos incriminadores a normas no publicadas.

5.4.2 Errores de redacción

Cuestión distinta es la planteada por los "errores de redacción", en los que la errata se produce, no solamente en el documento publicado, sino también en el aprobado oficialmente. Son casos en los que el Poder Legislativo, queriendo manifestar una determinada idea, ha expresado otra diferente. En estos casos, el texto de la ley es el oficialmente aprobado como tal, y se hace necesario, para corregirlo, que el Poder Legislativo apruebe y publique otra disposición legislativa corrigiendo el error. Ello no excluye que, dentro de ciertos límites, pueda ser tenida en cuenta, al interpretar la norma, la voluntad del legislador.

6. ÁMBITO DE APLICACIÓN

6.1 ÁMBITO TEMPORAL DE LA LEY PENAL. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

Como indicaba Jiménez de Asua, "el ordenamiento jurídico no permanece inmutable en el devenir del tiempo, y mientras unas leyes se extinguen, otras nuevas surgen para servir a las transformaciones y a las exigencias de la sociedad".

Esta sucesión de leyes penales se produce en cuatro supuestos distintos:

1°. Cuando un hecho se regula por una ley nueva que describe un tipo legal antes no definido. En este caso, se está ante la creación de nuevos tipos penales, que incriminan nuevas conductas, antes atípicas.

2°. Cuando una ley nueva deja de considerar como delictiva una conducta delictiva. Este caso es justamente el inverso del anterior: un comportamiento típico hasta un determinado momento queda despenalizado o destipificado, pasando a ser atípico y dejando, por tanto, de ser punible.

3º. Cuando una ley nueva modifica de algún modo la descripción de un comportamiento que ya es típico.

4º Cuando una ley penal nueva varía la punibilidad asociada a un comportamiento que ya es típico.

La sucesión de leyes penales plantea el problema de determinar cuál es la ley aplicable en el tiempo, es decir, de precisar cómo juegan entre sí las sucesivas leyes penales que se suceden a lo largo del tiempo y cuáles son los principios y criterios que determinan qué ley se aplica a cada hecho punible.

6.1.1 Principio general: el principio de irretroactividad de las leyes penales.

La ley aplicable al delito desde el punto de vista temporal es la vigente en el momento de su comisión.

Es ésta una exigencia derivada del principio de legalidad penal, en cuya virtud las leyes penales únicamente alcanzan a los hechos cometidos después de su entrada en vigor (lex praevia).

El principio de irretroactividad de las leyes penales no favorables está consagrado en la Declaración de Derechos Humanos (art. 11.2), en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 9), y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15).

Esta exigencia, que tiene relevancia constitucional (art. 46 CRD), se aplica tanto a la tipificación del hecho como a la pena, a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias del delito. Igualmente se aplica a las normas o disposiciones (civiles, laborales, administrativas,…) que completan o complementan leyes penales en blanco. No, sin embargo, a las leyes o disposiciones de carácter procesal, que pueden aplicarse a hechos cometidos antes de su entrada en vigor.

La aplicación temporal de la ley penal exige determinar el tiempo de comisión del delito: La doctrina dominante considera que éste se comete en el momento de ejecución de la acción, en el momento en que debía realizarse la acción omitida o en el del resultado no impedido.

6.1.2 Excepciones al principio fundamental

6.1.2.1 Retroactividad de la ley penal más favorable

El principio de irretroactividad de las leyes penales tiene una excepción respecto de las leyes penales posteriores al momento de comisión del hecho delictivo pero más favorable al acusado.

El fundamento del principio reside en que carece de finalidad motivadora y preventiva mantener el castigo o la ejecución de penas para hechos que ya no se consideran delitos o cuando la gravedad de las penas se considera desproporcionada.

La retroactividad de la ley más favorable tiene rango constitucional, disponiendo el art. 47 CRD que la ley "no tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que está sub-júdice o al que está cumpliendo condena".

El fundamento de este principio se ha realizado conforme a varias teorías, entre las que destacan las siguientes:

1) Principio de justicia: es una exigencia de la justicia no continuar aplicando o ejecutando una pena reconocida por la ley penal como excesivamente severa y, por tanto, excesiva, desproporcionada e injusta.

2) Principio de necesidad de pena: La pena sólo es legítima cuando es necesaria (principio de intervención mínima de las penas), y si la derogación de la ley anterior por otra más benigna demuestra que la pena establecida ya no era necesaria (al menos con tanta severidad), se impone la retroactividad de la ley (y de la pena) más favorable.

3) Principio de humanidad: partiendo siempre del criterio más favorable a la humanidad y a la inocencia, si la nueva ley más benigna no se aplicase retroactivamente, el principio de no retroactividad, concebido a favor de los acusados, se adoptaría realmente en su perjuicio.

a) Determinación de la ley penal más favorable

La determinación de cuál es la ley más favorable no es, en muchas operaciones, sencilla. Requiere una comparación concreta de las dos situaciones legales coexistentes tras la reforma legal: debe compararse la solución del caso que resultaría aplicando la situación legal existente al tiempo de comisión de los hechos con la que resultaría como consecuencia de la reforma.

Esta comparación:

1) Debe hacerse en bloque, es decir, aplicando los marcos legales en su integridad, sin que sea admisible seleccionar de cada ley los extremos que se consideran más favorables.

2) Debe hacerse en relación con el caso concreto que se juzga, lo que implica que no basta con comparar las penas aplicables con carácter abstracto para ver cuál es más grave, sino que debe tomarse en cuenta la ley en su totalidad (penas y consecuencias accesorias, modificaciones en la descripción de los tipos, causas de justificación, capacidad de culpabilidad, causas de inculpabilidad, etc.).

Sobre estos particulares es interesante recordar la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional de España, que en STC 131/1986, de 29 de octubre, afirmaba que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable "supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior… No es aceptable, por tanto, elegir de las dos leyes concurrentes las disposiciones parcialmente más ventajosas, pues en tal caso, el órgano sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes … sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercer y distinta norma legal con invasión de funciones legislativas que no le competen".

Obviamente, la comparación no presenta especiales problemas cuando las penas aplicables al caso concreto son penas de la misma especie (por ejemplo, pena privativa de libertad). En este caso, la ley más favorable es la que permite imponer una pena mínima menor.

Pero esta comparación es más compleja en los casos en que las penas sean de distinta especie (por ejemplo, pena privativa de libertad y multa, o pena privativa de libertad y expulsión). En estos casos, pareciera que la pena privativa de libertad es más grave que las demás clases de pena. Sin embargo, la respuesta aparente puede ser incorrecta: ¿la privación de libertad de tres meses es más grave que la expulsión del territorio nacional?, ¿la privación de libertad es más grave que la inhabilitación para ejercer la profesión u oficio? En estos casos; parece razonable oír al reo.

b) Leyes intermedias más favorables

Ley intermedia es la que entra en vigor después de la comisión del hecho, pero es modificada nuevamente antes de la sentencia definitiva de última instancia por otra ley más rigurosa.

Si la ley intermedia resulta más favorable que la vigente en el momento de comisión del delito habrá que aplicarla aunque haya dejado de regir en el momento de la sentencia definitiva.

La cuestión puede presentarse incluso una vez dictada la sentencia definitiva durante el tiempo de ejecución de la pena. En este sentido, el art. 47 CRD establece la retroactividad de la ley favorable incluso "al que está cumpliendo condena".

c) Vigencia de la ley más favorable

La retroactividad de la ley penal más favorable se aplica incluso en los casos en que la ley posterior que sea más favorable y que haya sido aprobada y publicada oficialmente, no haya entrado todavía en vigor.

d) Alcance de la retroactividad

Se han planteado distintos casos sobre el alcance que deba darse a la retroactividad de la ley más favorable:

1) Ley más beneficiosa que entra en vigor cuando el hecho enjuiciado se encuentra todavía pendiente de sentencia: es de aplicación, desde luego, la ley nueva más benigna.

2) Ley más beneficiosa que entra en vigor cuando los hechos punibles han sido ya sentenciados o, incluso, cuando el condenado está cumpliendo condena. El art. 46 CRD comprende también este supuesto, al que debe aplicarse también la ley pena más benigna.

3) Ley más beneficiosa que entra en vigor cuando la condena ha sido ya cumplida. Quienes consideran que en este caso no se aplica el principio de retroactividad de la ley más favorable podrían acogerse al tenor literal del art. 47 CRD, que establece la retroactividad cuando la ley sea favorable al que está sub-júdice o cumpliendo condena, quedando fuera de ese límite el supuesto de la condena ya cumplida. Sin embargo, como indica VIVES ANTÓN, en la hipótesis de que subsistan consecuencias con relevancia jurídico-penal que sean perjudiciales para el condenado (por ejemplo, antecedentes penales computables a efectos de reincidencia), no debiera existir inconveniente alguno en aceptar el beneficio a favor del reo, por razones evidentes de congruencia y justicia material.

6.1.3 Excepciones a la retroactividad de la ley penal más favorable: las leyes temporales y excepcionales.

CASO: *Leyes penales excepcionales*

Objetivo Formativo: *Determinar el alcance del principio de retroactividad de normas penales favorables en caso de leyes penales excepcionales.*

Descripción del supuesto fáctico planteado:

Ante la inminencia de un huracán de fuerza extraordinaria, respecto del que se teme que cause graves daños materiales en todo el país, se aprueba una Ley Penal elevando la duración de las penas previstas para los delitos de robo, hurto y pillaje cometidos durante el huracán y los dos meses posteriores a su finalización, por el aprovechamiento que supone de las condiciones de especial desvalimiento e inseguridad pública causadas por el referido fenómeno natural.

¿Resulta de aplicación el principio de retroactividad de las normas penales favorables al los hechos cometidos durante la vigencia de esta ley excepcional, que sean enjuiciados una vez terminada su período de vigencia? ¿Por qué?

Las leyes temporales son aquellas que fijan por sí mismas su ámbito de validez temporal. Lo característico de estas normas es que, transcurrido el tiempo que señalan, dejan automáticamente de estar en vigor, a menos que sean prorrogadas por otra norma de igual rango. La limitación temporal puede indicarse estableciendo el tiempo-calendario de vigencia o señalando el suceso que determinará la pérdida de ésta.

Las leyes excepcionales son aquellas que, en forma no expresa, hacen depender su vigencia de situaciones que por su naturaleza son temporales o transitorias. Estas leyes no deben confundirse con las que establecen presupuestos que solamente se presentan en ciertas ocasiones, pero que no pierden su vigencia por el hecho de que la situación de hecho en ellas descrita únicamente se produzca en determinados períodos temporales (por ejemplo, las leyes penales electorales).

En relación con unas y otras se plantea el problema de determinar si debe darse carácter retroactivo a la legislación que entra en vigor una vez ha transcurrido el plazo fijado en la ley temporal o han cesado las circunstancias a las que se condiciona la vigencia de la ley excepcional. Ello es así porque, de ser así, en la medida en que estas leyes cederán a plazo fijo ante otras, por lo regular más favorables, su capacidad intimidatoria y preventiva se vería anulada o seriamente afectada. En este sentido, quienes excluyen a la aplicación del principio de retroactividad en estos casos hablan de la ultraactividad de las leyes temporales. Para llegar a esta conclusión se fundamentan en que, en realidad, al sustituir leyes temporales o excepcionales por las leyes ordinarias ilimitadas no hay, en realidad, un cambio en la valoración jurídica de las conductas por parte del legislador. De hecho, podría llegar a afirmarse que los hechos contemplados por las leyes penales temporales o excepcionales, aun cuando se hallen descritos en la misma forma que los correlativos de la legislación penal ordinaria, no son los mismos, puesto que se hallan matizados por circunstancias excepcionales. Por esta razón, no se trataría de un supuesto auténtico de sucesión de leyes, por lo que no se aplicaría el principio de retroactividad.

De lege data el problema no presenta dificultades. Los anteriores argumentos no pueden prevalecer frente al art. 46 CRD, que se refiere a todas las leyes sin excepción, y, por tanto, también a las temporales y excepcionales. Por tanto, las leyes temporales o excepcionales tendrán efecto retroactivo si son más favorables, y el mismo efecto habrá de atribuirse a la normativa que las sustituya, si son más beneficiosas.

6.2 ÁMBITO ESPACIAL DE LA LEY PENAL.

La validez espacial de la ley penal se determina con arreglo a una serie de principios, que conforman, concurriendo en distinta medida según las distintas legislaciones, el denominado sistema de derecho penal internacional en cada Estado.

Estas son disposiciones que se refieren a la aplicación del derecho penal del Estado en casos en los que, por la concurrencia de algún punto de conexión cabría la posibilidad de aplicar el Derecho Penal de otro Estado. Constituyen un conjunto de normas o principios que resuelven los supuestos de concurso o colisión de diversos Derechos Penales de distintos Estados.

Los referidos principios se clasifican al siguiente tenor:

a) Principios que determinan la aplicación de la ley penal a los hechos cometidos en el territorio del Estado:

   - Principio territorial

b) Principios que justifican la aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio del Estado:

   - Principio real o de defensa.
   - Principio de la nacionalidad o defensa.
   - Principio de perseguibilidad universal.
   - Principio del derecho penal por representación.

6.2.1 Principio territorial

La ley penal del Estado se aplica a los hechos punibles cometidos dentro de su territorio, abstracción hecha de la nacionalidad del autor.

El art. 56 CPP establece el principio territorial como criterio básico para determinar la jurisdicción de los tribunales dominicanos, afirmando que "la jurisdicción

penal es ejercida por los jueces y tribunales que establece este Código, y se extiende sobre los dominicanos y sobre los extranjeros para los efectos de conocer y juzgar los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio nacional, o cuyos efectos se produzcan en él, salvo los casos exceptuados en tratados o convenciones internacionales adoptados por los órganos públicos o en los principios reconocidos por el derecho internacional general y americano".

La correcta interpretación de este postulado exige determinar qué se entiende por territorio del Estado y precisar qué debe entenderse por lugar de comisión.

6.2.1.1 Concepto de "territorio"

El concepto de territorio no tiene singularidades en el Derecho Penal, por lo que el aplicable es el definido por el Derecho Internacional.

El art. 6 CRD dispone a tal efecto que el territorio de la República Dominica está integrado por la parte oriental de la isla de Santo Domingo y sus islas adyacentes. Sus límites terrestres irreductibles están fijados por el Tratado fronterizo de 1929 y su Protocolo de revisión de 1936. Son también parte del territorio nacional, el mar territorial y el suelo y subsuelos submarinos correspondientes, así como el espacio aéreo sobre ellos comprendido, la extensión del mar territorial, del espacio aéreo y de la zona contigua.

No precisa el CPP qué ocurre en los supuestos de delitos cometidos a bordo de buques o aeronaves dominicanas, por lo que deberá estarse a lo previsto en los tratados internacionales en que la República Dominica sea parte para aplicar o no el principio de la bandera.

6.2.1.1 Concepto de "lugar de comisión"

La definición del lugar de comisión del delito se ha llevado a cabo tradicionalmente por medio de las teorías de la acción y del resultado, superadas ambas por la actualmente dominante teoría de la ubicuidad.

a) Teoría de la acción

De acuerdo con esta teoría, el delito se comete en el lugar de actuación de la voluntad, con independencia del lugar en que se produzca el resultado. Naturalmente, la cuestión es baladí cuando ambos elementos del delito, acción y resultado, se producen en el mismo lugar. Pero, en los delitos a distancia, que son aquellos en los que la actuación de la voluntad se produce en una jurisdicción y el resultado en otra, los partidarios de esta teoría consideran que debe aplicarse la ley del Estado donde tuvo lugar aquélla. Así, por ejemplo, alguien envía una carta injuriosa desde el Estado A a una persona que reside en el Estado B: la ley aplicable sería la del Estado A.

Los fundamentos de esta teoría, sistematizados por Bacigalupo, son los siguientes:

1) Tomar en cuenta el resultado no permitiría una solución uniforme, porque hay delitos sin resultado (delitos de pura actividad).

2) Una teoría basada en el resultado determinaría soluciones insatisfactorias cuando, por ejemplo, el autor realiza la acción en estado de incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad), y el resultado se produce cuando ya ha recuperado la normalidad. O se han producido cambios legislativos desde el envío de la carga injuriosa hasta su recepción por el destinatario.

3) Hay casos en que puede ser complejo determinar el lugar del resultado.

b) Teoría del resultado

La teoría del resultado considera que el lugar de comisión es aquél en que la acción desarrollada alcanza el resultado esperado. VON LISZT la defendió afirmando que el lugar de comisión es aquel "en que la serie causal en curso alcanza el objeto amenazado".

c) Teoría de la ubicuidad

El delito debe reputarse cometido tanto donde se produce el resultado como allí donde se ha ejecutado la acción.

El fundamento de esta teoría, también siguiendo a BACIGALUPO, reside en la unidad que constituyen, típicamente considerados, la acción y el resultado, lo que impediría su separación y consideración aislada. Es una teoría, no obstante, que no carece de inconvenientes, puesto que representa el otorgamiento de eficacia ultraterritorial a las leyes penales, que puede entrar en pugna con la soberanía de los otros Estados.

El art. 56 CPP se refiere a los "hechos punibles cometidos total o parcialmente", lo que constituye una fórmula abierta, que no determina expresamente cuál de las teorías resulta aplicable, de la acción, del resultado o de la ubicuidad.

6.2.2 Principio real o de defensa

El principio real justifica la aplicación del Derecho Penal de un Estado a hechos que se han cometido fuera del territorio nacional, pero que protegen bienes jurídicos que se encuentran en él, y que son objeto de especial protección por su relevancia para la integridad del Estado como tal.

El principio real o de defensa no está expresamente reconocido en la legislación dominicana que, por tanto, ni cualifica la protección de estos bienes jurídicos supraindividuales o estatales. Sin embargo, lo cierto es que el art. 56 CPP permite llegar a distinta conclusión, en cuanto dispone que la jurisdicción penal dominicana alcanza a todos los hechos punibles cometidos en el territorio nacional "o cuyos efectos se produzcan en él", entre los que pueden incluirse, obviamente, todos aquellos que afectan a la integridad del Estado (ej: traición, rebelión, moneda nacional, documentos o sellos públicos nacionales, etc.) en cuanto, aunque cometidos fuera del territorio nacional, es obvio que producen evidentes efectos en el territorio.

A título de ejemplo, el principio sí está recogido en el art. 23.2 LOPJ, que establece que conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: De traición y contra la paz o la independencia del estado; contra el titular de la corona, su Consorte, su sucesor o el Regente; rebelión y sedición; falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los Sellos públicos u oficiales; Falsificación de Moneda española y su expedición; cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la administración pública española; y los relativos al control de cambios.

6.2.3 Principio de la nacionalidad o de la personalidad

El principio de la nacionalidad justifica la aplicación del Derecho Penal de un Estado a los hechos cometidos fuera del territorio nacional en función:

a) De la nacionalidad del autor (principio de la nacionalidad activo).

b) Del titular del bien jurídico lesionado (principio de la nacionalidad pasivo).

La jurisdicción dominicana no sigue el principio de nacionalidad activo. Sin embargo, el principio de la nacionalidad pasivo puede resultar aplicable, en función de los efectos del delito, cuando el hecho punible cometido fuera del territorio nacional, pueda producir sus efectos en el territorio nacional respecto de bienes jurídicos individuales, de acuerdo con el ya citado art. 56 CPP.

Ejemplo de aplicación del principio de nacionalidad es el art. 23.2 LOPJ que, con carácter muy limitado, otorga jurisdicción a los tribunales españoles para conocer de los delitos cometidos por españoles fuera del territorio nacional, siempre y cuando concurran los siguientes requisitos:

- Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.

- Que el agraviado o el ministerio fiscal denuncien o interpongan querella ante los tribunales españoles.

- Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

6.2.4 Principio de perseguibilidad universal

Este principio, también denominado de la comunidad de intereses o de la Justicia mundial, justifica la aplicación del Derecho Penal de cualquier Estado, independientemente del lugar de comisión y de la nacionalidad del autor. Su finalidad es conseguir que ningún delito de los que suponen los más graves y execrables ataques contra los bienes jurídicos más importantes quede impune aprovechando los "agujeros" que pueda ofrecer la limitación especial de la ley penal.

El art. 56 CPP atribuya competencia a los tribunales nacionales, independientemente del lugar de su comisión, para juzgar los casos que constituyan:

a) Genocidio,

b) Crímenes de guerra,

c) Crímenes contra la humanidad.

La atribución de jurisdicción se condiciona a la concurrencia de uno de los siguientes requisitos;

a) Que el acusado resida, aun temporalmente, en el país;

b) Que los hechos se hayan cometido en perjuicio de nacionales.

6.2.5 Principio de derecho penal por representación

El principio de derecho penal por representación interviene cuando, por la causa que sea, no tiene lugar la extradición y el Estado autoriza al tercer Estado que tiene en su poder al autor del hecho punible cometido para que lo juzgue aplicándole su ley penal.

Está vigente, por ejemplo, en España, donde el art. 3.2 de la Ley de Extradición Pasiva establece que, cuando se deniegue la extradición de españoles o extranjeros por delitos de los que corresponda conocer a los tribunales españoles, "el Gobierno español dará cuenta del hecho que motivó la demanda al Ministerio Fiscal a fin de que se proceda judicialmente, en su caso, contra el reclamado", cuando lo haya solicitado el Estado requirente.

7. TERRITORIALIDAD Y EXTRATERRITORIALIDAD. LA EXTRADICIÓN

7.1 CONCEPTO

La extradición es una institución de íntimamente ligada a la aplicación de la ley penal en el espacio. Para que el Derecho Penal de un Estado pueda ser efectivamente aplicado en los casos en que las normas de dicho Estado atribuyen jurisdicción a sus tribunales, es preciso que el sujeto esté a disposición de los mismos: la extradición trata de resolver los problemas que se producen cuando el individuo que ha cometido un delito para cuyo conocimiento tienen jurisdicción los tribunales de un Estado, logra escapar a la acción de las autoridades de este Estado y busca refugio en otro.

En estos términos, y siguiendo a Cezón González, puede afirmarse que la extradición es un instituto de cooperación jurídica internacional a virtud del cual un Estado (requerido) a petición de otro (requirente, pone físicamente a disposición del último a una persona que se encuentra en el territorio del primero a fin de ser sometida a juicio por un delito cuya persecución compete al Estado requirente o a fin de cumplir una pena o medida de seguridad impuesta por los tribunales de este mismo Estado.

De acuerdo con el art. 160 CPP, en República Dominicana la extradición se rige por la Constitución, las normas de los tratados, convenios y acuerdos internacionales adoptados por los poderes públicos y su ley especial en aquello que no se oponga a este código.

7.2 CLASES DE EXTRADICIÓN

Se distinguen diversas clases de extradición, entre las que interesa destacar las siguientes:

a) Extradición activa y pasiva

Esta clasificación atiende a la perspectiva del Estado que solicita la extradición y del que la concede.Extradición activa es el acto por el que un Estado solicita a otro la entrega del individuo que, habiendo delinquido en su territorio, se refugió en el territorio del Estado requerido. Extradición pasiva es la entrega de un delincuente, hecha por el Estado donde se ha refugiado, a aquel que ha solicitado su entrega para juzgarlo o hacerle cumplir la condena ya impuesta.

Al margen de las disposiciones contenidas en la ley especial (Ley 489 sobre extradición), la extradición activa está regulada en el art. 161 CPP, que dispone que cuando se tiene noticias de que un imputado respecto del cual se ha presentado la acusación y se ha dictado una medida de coerción privativa de libertad, se halla en país extranjero, el juez o tribunal competente tiene la facultad de ordenar el trámite de su extradición, a petición del ministerio público o de las partes. A la extradición pasiva se refiere el art. 162 CPP, que dispone que la solicitud de extradición de una persona que se halle en territorio de República Dominicana debe ser remitida por el Poder Ejecutivo a la Suprema Corte de Justicia para que ésta decida lo que corresponda.

b) Extradición gubernativa, judicial o mixta

Este criterio atiende al carácter de la resolución que se precise para concederla.

La extradición es judicial cuando esa resolución corresponde a una autoridad judicial. Es gubernativa cuando la autoridad competente para decidir sobre la entrega tiene este carácter. La extradición es mixta cuando en el proceso extradicional intervienen tanto autoridades administrativas como judiciales.

c) Formas especiales de extradición

Entre ellas deben destacase la extradición en tránsito y la reextradición.

La extradición en tránsito se da cuando para trasladar al delincuente reclamado del Estado requerido al requirente es preciso atravesar un tercer Estado, al que también debe solicitar autorización para circular por su territorio.

La reextradición se produce cuando el individuo extraditado es a su vez reclamado por otro Estado en cuyo territorio cometió un delito distinto a aquel que ha dado lugar a su extradición.

7.3 PRINCIPIOS DE LA EXTRADICIÓN

Los principios que regulan la extradición son los siguientes:

a) Principio de legalidad

El delito por el que se solicita la extradición ha de hallarse previsto por una norma escrita, como un tratado que determine los que pueden dar lugar a la misma.

Esta determinación se hace a veces enumerando expresamente las infracciones punibles que dan lugar a la extradición, o señalando las penas a partir de las cuales procede la extradición, o señalando los delitos por los cuales no se puede conceder.

b) Principio de especialidad

Este principio impide que el extraditado sea juzgado por delito distinto del o de los que específicamente motivaron su extradición, ni sometido a la ejecución de una condena distinta.

c) Principio de doble incriminación

Este principio, también llamado de identidad de la norma, requiere que el hecho fundamentador de la extradición esté incriminado tanto en el ordenamiento del Estado requirente como en el del requerido.

Hay principios que operan como limitaciones en el ejercicio de la extradición, que hacen referencia:

1) Por la índole del delincuente: principios de no entrega de nacionales y de no entrega de justiciables.

2) Por la naturaleza de los delitos: principios de no entrega por delitos políticos, de no entrega por delitos militares, de no entrega por delitos fiscales.

3) Por razón de la penalidad. En cuanto la extradición es una medida grave, no debe aplicarse más que a infracciones de cierta entidad o para la ejecución de penas de cierta gravedad.

TEMA 2

EL CONCEPTO DE DELITO. LA TIPICIDAD. EL TIPO OBJETIVO.

José Miguel Sánchez Tomás
Letrado del Tribunal Constitucional
España

1. EL CONCEPTO DE DELITO:
    1.1. LA DOGMÁTICA Y EL SISTEMA PENAL.
    1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS TEORÍAS DEL DELITO.
        1.2.1. La teoría causalista.
        1.2.2. La teoría finalista.
        1.2.3. La situación actual.

2. LA TIPICIDAD COMO CATEGORÍA DEL DELITO:
    2.1. EL CONCEPTO DE TIPO Y SU EVOLUCIÓN.
    2.2. LAS FUNCIONES DE LA TIPICIDAD.
    2.3. LA ESTRUCTURA Y LOS ELEMENTOS DEL TIPO.
        2.3.1. Los elementos de la parte objetiva del tipo:
            2.3.1.1. La conducta.
            2.3.1.2. Los sujetos activo y pasivo.
            2.3.1.3. El objeto.
        2.3.2. Los elementos de la parte subjetiva del tipo.
        2.3.3. Elementos descriptivos y normativos del tipo.
    2.4. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES:
    2.4.1. Clasificación legal.
    2.4.2. Según las modalidades de conducta.
    2.4.3. Según los sujetos.
    2.4.4. Según la afectación al bien jurídico.

3. LA ACCIÓN:
    3.1. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN:
    3.1.1. La conceptuación ontológica de la acción.
    3.1.1.1.- El concepto causal de acción.

3.1.1.2.- El concepto final de acción.
3.1.2. La conceptuación normativa de la acción.
3.1.2.1.- El concepto social de acción.
3.1.2.2.- Otros conceptos normativos de acción.
3.2. LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ACCIÓN:
3.2.1. La fuerza irresistible.
3.2.2. Movimientos reflejos y situaciones de inconsciencia.

4. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA:
4.1. EL SIGNIFICADO DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.
4.2. LAS TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA:
4.2.1. La teoría de la equivalencia de condiciones:
4.2.1.1. La conditio sine qua non.
4.2.1.2. El conocimiento conforme a las leyes de la naturaleza.
4.2.2. Las teorías individualizadoras.
4.2.3. Las teorías generalizadoras:
4.2.3.1. La teoría de la causalidad adecuada.
4.2.3.2. La teoría de la causalidad relevante.

4.3. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.
4.3.1. Fundamento y elementos.
4.3.2. La imputación de la conducta: la creación
de un riesgo jurídico-penalmente relevante:
4.3.2.1. La peligrosidad de la conducta.
4.3.2.2. El riesgo no permitido.
4.3.3. La imputación del resultado: la realización del riesgo:
4.3.3.1. La interrupción del nexo causal.
4.3.3.2. La conducta alternativa conforme a derecho.
4.3.3.3. La autopuesta en peligro.

4.4. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

4.5. HOMICIDO PRETERINTENCIONAL Y
DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO.

TEMA 2

EL CONCEPTO DE DELITO. LA TIPICIDAD. EL TIPO OBJETIVO.

1. EL CONCEPTO DE DELITO.

1.1. LA DOGMÁTICA Y EL SISTEMA PENAL.

La teoría jurídica del delito es la sistematización de los diversos elementos que, partiendo del Derecho penal positivo, pueden entenderse comunes a todos los ilícitos penales o a un grupos significativo de ellos. Esta labor de sistematización es obra de la doctrina penal y resultado de una elaboración dogmática. En ese sentido, tal como lo define Roxin, "la dogmática es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal".

Una de las funciones desarrolladas por la dogmática es la construcción sistemática como esfuerzo de estructuración de todos los conocimientos sobre la materia con el fin de ordenar y evidenciar las conexiones e interrelaciones de los elementos

que la conforman. Esto es, la dogmática de la teoría jurídica del delito no se limita a hacer abstracción de todos los elementos que puedan ser comunes a los ilícitos penales para analizarlos y estudiarlos, sino que, además, se preocupa por agrupar e integrar esos elementos en otros elementos o categorías superiores para construir un sistema que, por una parte, dé una explicación racional a su funcionamiento y, por otra, pueda servir como referencia tanto para la critica del ordenamiento penal positivo como para servir de fundamento a las eventuales reformas que pudieran proponerse.

El resultado de la evolución de la labor de sistematización de la teoría del delito ha sido la construcción de cuatro grandes categorías como son la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. Estas son las categorías que, precisamente, han permitido aportar un estándar de definición de delito que, con más o menos matizaciones, es asumido en el actual estadio de desarrollo de la dogmática: ***delito es el hecho típico, antijurídico, culpable y punible***.

Como aproximación a estos cuatro conceptos básicos, que van a ser ampliamente desarrollados en este libro, cabe señalar que la categoría de la tipicidad se refiere a la descripción de los elementos que configuran los delitos, en el sentido de delimitación de las conductas punibles de las que no lo son y de las conductas punibles entre sí. Por su parte, la categoría de la antijuridicidad englobaría el conjunto de circunstancias que permiten afirmar el carácter prohibido del hecho típico, que normalmente se suele concretar en una comprobación negativa de que no concurren causas de justificación. La categoría de la culpabilidad tiene su fundamento en determinar si al autor del hecho típico y antijurídico se le puede hacer responsable de él, en el sentido de que pueda hacérsele responsable de dicha conducta. Por último, la categoría de la punibilidad aparece referida al conjunto de circunstancias que permiten que un hecho típico, antijurídico y culpable, además, sea efectivamente sancionado por concurrir las condiciones objetivas de punibilidad y estar ausentes las excusas absolutorias.

Como se habrá podido comprobar en la descripción realizada de estas cuatro categorías, existe una interrelación y prelación entre ellas. En efecto, estas cuatro categorías se comportan de una manera escalonada, no resulta posible entrar a valorar la punibilidad de un hecho si previamente no se ha determinado la culpabilidad, ni ésta sin analizar antes la antijuridicidad, ni ésta sin constatar primero la tipicidad. En ese sentido, la conclusión judicial sobre la necesidad de imponer una pena por un determinado hecho es un peculiar proceso de tamizado en que, primero, habrá que valorar si ese hecho cumple con todos los elementos descritos en el tipo penal (tipicidad). De no ser así, por imposición del principio de legalidad el hecho, carecerá de toda relevancia penal. A partir de ello, si efectivamente se cumplen, habrá que proceder a un segundo análisis, para excluir que no concurran causas de justificación (antijuridicidad). De concurrir, el hecho tampoco tendrá relevancia penal. Una vez que también se ha

comprobado la antijuridicidad, todavía se estrecha más el tamiz para comprobar que no estén presentes causas de exculpación, cuya presencia impedirían sancionar penalmente la conducta, aunque el hecho pudiera constituir un ilícito civil o administrativo. El último análisis es el de la punibilidad. Sólo superado éste es cuando puede afirmarse que ha quedado acreditada la completa subsunción del hecho en la norma penal y, por tanto, que debe aplicarse la consecuencia jurídica correspondiente.

1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS TEORÍAS DEL DELITO.

Las cuatro grandes categorías a las que se ha hecho referencia, como conceptos fundamentales del Derecho penal, estaban prácticamente fijadas a comienzos del s. XX. Ahora bien, la dogmática, como también se ha señalado, no se ha limitado a describir su contenido y función, sino también a analizar y reflexionar las relaciones que guardaban entre sí. Ello ha dado lugar a diferentes teorías o sistemas del delito

1.2.1. La teoría causalista.

Los precursores de esta teoría fueron, a principios del s. XX, Beling y von Liszt inspirados por el positivismo científico. Las notas esenciales del **sistema clásico** eran que la acción se configuraba como una categoría autónoma de carácter ontológica y causal, puramente descriptiva y objetiva, caracterizada por el impulso de la voluntad. La tipicidad y la antijuridicidad también tienen una naturaleza objetiva sólo referida a los elementos externos del hecho, si bien la primera era descriptiva y la segunda valorativa. Para la culpabilidad se reservaban todos los elementos subjetivos, que se entendían como un mero nexo psicológico entre el autor y el hecho. Por tanto, lo característico del sistema clásico es que, partiendo de un concepto casual del acción, realiza una gran bipartición entre la parte externa de la conducta, reservada para la tipicidad, que la describe, y para la antijuridicidad, que la valora, y la parte interna de la conducta, reservada para la culpabilidad.

Dentro de la teoría causalista también se encuadra el **sistema neoclásico**, imperante a partir de la década de los 30 del pasado siglo, cuyo representante más influyente fue Mezger. Con esta corriente, inspirada por la filosofía neokantiana, se comienza a prestar una mayor atención a lo normativo y a lo valorativo. Así, manteniendo en esencia la categorización desarrollada por el sistema clásico, sin embargo, se fue imponiendo, frente a lo puramente descriptivo, una cierta normativización de todas las categorías del delito, que cabe apreciar especialmente en la relación de causalidad y en el contenido de la culpabilidad. Además, se rompió con el paradigma de la rígida bipartición entre parte externa e interna de la conducta, asumiendo la existencia de elementos subjetivos del tipo, pero manteniendo el dolo y la culpa como formas de la culpabilidad.

1.2.2. La teoría finalista.

A principio de los años 40 del s. XX, Welzel, por influencia de las corrientes filosóficas fenomenológicas, apunta un nuevo concepto de acción en que lo esencial es que el hombre determina su conducta de modo final controlando el curso causal en busca de un objetivo. Esta teoría de la acción, en la medida en que implicaba poner como centro del concepto de conducta el fin perseguido por el sujeto, revolucionó el sistema del delito.

Una primera e inmediata consecuencia sistemática del concepto final de acción fue que el dolo, entendido como una mera voluntad de dirigir la conducta, abandona la culpabilidad, apareciendo ya como un elemento subjetivo del tipo, culminando de esa manera el proceso de subjetivización y normativización del tipo iniciado por el concepto neoclásico de delito. Igualmente, como consecuencia directa de ello, hubo un necesario replanteamiento de la categoría de la culpabilidad en que se mantuvo como único contenido tradicional del dolo malo causalista, la conciencia de la antijuridicidad.

1.2.3. La situación actual.

Hasta los años 70 del s. XX pervivió la defensa de la teoría causalista a la vez que se iba consolidando y evolucionando la teoría finalista. A partir de ese momento la doctrina mayoritaria ha venido a defender una posición de síntesis, caracterizada esencialmente por el rechazo de un concepto final de acción, pero una defensa de su principal consecuencia sistemática: la pertenencia del dolo al tipo, propiciada a partir del concepto social de acción. En esta posición de síntesis se ha llegado a un cierto consenso dogmático sobre que el injusto, como categoría unificadora de la tipicidad y la antijuridicidad, se caracteriza por el desvalor del hecho –acción y, en su caso, resultado- y la culpabilidad, por el desvalor de la actitud del sujeto hacia el hecho.

Sin embargo, simultáneamente a esta corriente sintética, también se está intentando desarrollar un nuevo sistema del delito partiendo de concepciones teleológicas (Roxin) y funcionales (Jakobs) que comparten el tomar como elemento referencial para la construcción de la teoría jurídica del delito los fines del Derecho penal, excluyendo un sistema basado en realidades o conceptos ontológicos previos, como habían hecho las teorías causalista y finalista. Algunos logros que han ido consolidando estas nuevas doctrinas son, a parte de la profundización en el análisis de los fines del Derecho penal, la teoría de la imputación objetiva, como superación de la relación de causalidad entre conducta y resultado, y la inclusión dentro de la culpabilidad de la categoría de responsabilidad, como lugar de análisis de la necesidad preventiva de la pena.

Lectura: Sobre la construcción teleológica de la teoría del delito.

Objeto formativo: Aprehender el punto de partida metodológico de la construcción teleológica de la teoría del delito.

Texto:

"Punto de partida de una dogmática penal orientada político-criminalmente es la configuración de sus principios superiores en una teoría penal. Mi concepción es la siguiente: fin de la pena es exclusivamente la prevención, y ciertamente tanto la prevención general como la especial (…). En este contexto se plantea la cuestión de dónde reside la diferencia categorial entre tipo, antijuridicidad y culpabilidad. La veo en diferentes aspectos de valoración: en el tipo el hecho se valora bajo el punto de vista de la necesidad de pena abstracta; en el plano de la antijuridicidad se resuelve la necesidad concreta de pena del hecho de acuerdo a la inclusión de todas las circunstancias de la situación dada; en el tercer nivel de la construcción del delito finalmente se trata de la necesidad concreta de pena del autor, esto es, de la cuestión de si él debe ser hecho responsable personalmente por el injusto realizado".

Claus Roxin: Política criminal y estructura del delito: elementos del delito en base a la política criminal.

2. LA TIPICIDAD COMO CATEGORÍA DEL DELITO.

La tipicidad, como acaba de exponerse, es la primera categoría de la teoría jurídica del delito. Este epígrafe está dedicado a analizar su concepto y evolución, las funciones que se le han asignado, la estructura y elementos del tipo, y su clasificación.

2.1. EL CONCEPTO DE TIPO Y SU EVOLUCIÓN.

El concepto de tipo, tal como se entiende hoy, se debe a los trabajos desarrollados por Beling a principios del s. XX, quien hizo de ese concepto el centro del análisis dogmático, al situar la tipicidad, al lado de la antijuridicidad y la culpabilidad, como categoría del delito.

Beling define el tipo afirmando que es la descripción valorativamente neutra de la parte objetiva de la acción punible. De ese modo, le dota de dos características esenciales: la objetividad y la neutralidad valorativa. La objetividad implicaba que del tipo debía quedar excluido todo proceso subjetivo, que queda remitido a la culpabilidad. La neutralidad valorativa, por su parte, debía entenderse en el sentido de que el tipo no contenía ninguna valoración respecto de la antijuridicidad del hecho. Al contrario el tipo era el puro objeto de la valoración en el marco de la antijuridicidad.

Autores como M.E. Mayer o Mezger pronto llamaron la atención sobre las dificultades de sostener a ultranza la objetividad del tipo. Por un lado, se puso de manifiesto que muchos delitos contenían elementos normativos que no eran meramente

fácticos sino que exigían una valoración por parte del Tribunal y de los que, además, dependía la propia trascendencia penal a priori de la conducta. Por otro, se destacó no sólo la existencia de elementos subjetivo en las descripciones de las conductas sancionadas, de los que también dependía desde el inicio la relevancia jurídico penal del hecho, sino, además, que si se pretendía mantener la finalidad del tipo de incluir todos los elementos definidores del delito de que se trate, no podía renunciarse en muchos casos a los elementos subjetivos o el ánimo con que el sujeto activo actuaba.

El paso definitivo para superar el objetivismo del tipo se produjo de la mano de la teoría finalista, para quien ya era esencial e inherente al concepto de acción la finalidad pretendida por el sujeto. Ello supuso que el dolo y la imprudencia, que hasta ese momento habían sido consideradas formas de la culpabilidad, quedaran definitivamente ubicadas en la tipicidad conformando su parte subjetiva. Hoy día, a pesar de haberse superado el concepto final de acción, la conclusión sistemática de la existencia de una parte subjetiva del tipo es absolutamente dominante.

La característica de neutralidad valorativa del tipo también fue objeto de revisión. La propia existencia de los elementos normativos impulsó la consideración de que siendo elementos del tipo y, por tanto, objeto del dolo, además, exigían una previa valoración que ya era un prejuicio sobre la antijuridicidad de la conducta. Esta circunstancia implicaba que determinados elementos del tipo no pudieran ser analizados de una manera puramente formal o descriptiva sino de una manera valorativa. Conclusión que se vio fortalecida con las corrientes neokantianas que ponían el acento en el valor y a partir de las cuales la tipicidad pasaría de ser la ratio cogniscendi de la antijuridicidad a ser la *ratio essendi.* Esto es, el tipo no era sólo indicio del carácter antijurídico de la conducta sino que la realización del tipo es ya la confirmación de la antijuridicidad de la conducta, con la única excepción de que concurriera alguna causa de justificación.

Al dia de hoy, también resulta doctrina dominante la idea de que el tipo es una valoración provisional de la antijuridicidad. Esto ha dado lugar, en una evolución posterior, al cuestionamiento de la autonomía de la tipicidad y la antijuridicidad como categorías autónomas, si bien en este caso sería la antijuridicidad la que quedaría englobada dentro de la tipicidad. Dicho cuestionamiento ya tiene un antecedente en la teoría de los elementos negativos del tipo, conforme a la cual las causas de justificación o de exclusión de la antijuridicidad quedarían integradas como elementos negativos del tipo penal y, por tanto, tendrían el efecto de excluir el propio tipo penal.

2.2. LAS FUNCIONES DE LA TIPICIDAD.

Las funciones principales que tiene encomendado el tipo dentro de la teoría jurídica del delito son tres: garantía, motivación e indiciaria.

a) Función de garantía: El art. 4 CP dominicano consagra el principio de legalidad, determinando que ninguna conducta puede sancionarse como un ilícito penal, sino en virtud de una disposición de ley promulgada con anterioridad a su comisión. Ello implica que la ley debe contener de forma precisa todas las circunstancias del hecho y de las consecuencias jurídicas asociadas al mismo. La tipicidad es la categoría del delito a la que se encomienda esa función garantizadora del principio de legalidad, toda vez que es por medio del tipo penal como la ley delimita las conductas sancionadas. De ahí que también tenga asociada a esta función de garantía, una función delimitadora entre los diversos delitos, que sirve de base para la labor sistemática.

b) Función de motivación: La delimitación normativa de las conductas sancionadas a través de los elementos típicos que la configuran no sólo permite establecer una garantía del ciudadano frente al ejercicio del Ius puniendi del Estado, sino que, además, con el fin de mantener la indemnidad de los bienes jurídicos, también tiene la misión de motivar, con la imposición de la pena asociada a su comisión, para que no se realicen dichas conductas.

c) Función indiciaria: El Derecho penal tiene como fin evitar la lesión de bienes jurídicos y, por ello, tipifica las conductas que suponen los más graves ataques a los intereses sociales primordiales. De ese modo, la delimitación normativa de las conductas sancionadas contenida en las normas penales tiene también la función de indicar que dichas conductas son antijurídicas. Esta función indiciaria de la antijuridicidad supone, desde una perspectiva metodológica, que, en principio, una vez constatada la tipicidad del hecho, también esa conducta es antijurídica, excepto si concurre, como excepción, una causa de justificación.

2.3. LA ESTRUCTURA Y LOS ELEMENTOS DEL TIPO.

El tipo penal, con carácter general, puede quedar estructurado en una parte objetiva y otra subjetiva. En el estado actual de la dogmática, se ha impuesto con un reconocimiento prácticamente unánime la existencia de un tipo objetivo y otro subjetivo como plasmación de los factores internos –subjetivos- y externos –objetivos- de todo comportamiento humano.

2.3.1. Los elementos de la parte objetiva del tipo.

Los elementos estructurales de la parte objetiva del tipo son la conducta, los sujetos y el objeto.

2.3.1.1. La conducta.

Aun hoy es discutido si la conducta debe quedar integrada como un elemento estructural del tipo o, más bien, debe ser considerado un elemento independiente y

previo al resto de las categorías del delito. Esto es, si delito es el hecho típico, antijurídico y culpable o, más bien, la conducta típica, antijurídica y culpable. Sin perjuicio de ello, en la medida en que el tipo penal se configura como una proposición lingüística, la conducta es siempre el núcleo central del tipo, en tanto que realización de lo descrito en el verbo. Para cada delito la conducta típica dependerá, lógicamente, de dicha descripción.

En los casos en que el verbo describa un resultado –matar, lesionar…-, ese resultado pasará también a ser un elemento de la parte objetiva del tipo y, con él, el necesario nexo causal entre la conducta humana y ese resultado, que es lo que se denomina la relación de casualidad. En efecto, si la conducta del tipo de homicidio es matar a otro, la conducta típica no será disparar, apuñalar, dar veneno o golpear, sino que dichas acciones efectivamente tengan como resultado la muerte de una persona. Esto no significa que estas conductas de disparar o golpear no seguidas de muerte sean irrelevantes penalmente sino que, en su caso, serán conductas típicas de otros ilícitos, como puede ser el tipo de homicidio intentado o el tipo de lesiones.

Por tanto, si bien con carácter general el resultado y la relación de causalidad no son elementos estructurales de la parte objetiva de todos los tipos penales, si lo será de los delitos de resultado.

2.3.1.2. Los sujetos activo y pasivo.

La conducta es la realización del verbo contenido en la proposición lingüística y el sujeto activo será, lógicamente, el que ejecute o realice dicha conducta. Ahora bien, aunque será objeto de análisis en la lección correspondiente a la autoría, es preciso aclarar que sujeto activo, desde el punto de vista típico, no es necesariamente el que realiza directa y personalmente la conducta, sino aquél a quien pueda imputársela como un hecho propio, en el sentido de que tiene el dominio sobre ella.

Junto al sujeto activo debe existir siempre un **sujeto pasivo**, que será el titular del bien jurídico lesionado. El sujeto pasivo en ocasiones podrá ser una persona física, como en los delitos de lesiones. En otras serán personas jurídicas, como cuando se atente contra el patrimonio del que sean titulares. E, incluso, en muchos casos será el propio Estado, como en los delitos contra la Hacienda Pública, o determinados colectivos, como pueden ser los practicantes de una determinada religión en los delitos contra el libre ejercicio de los cultos (arts. 260 a 264 CP).

No puede confundirse el concepto de sujeto pasivo con el de persona sobre el que recae la acción de sujeto, ya que si bien en muchos casos coinciden (por ejemplo, delitos contra los particulares), en otros no sucede necesariamente así, como puede ser el caso de las defraudaciones patrimoniales en que el abuso puede recaer sobre un tercero distinto de quien se ve privado de un bien de su propiedad. Igualmente,

tampoco puede confundirse sujeto activo con perjudicado, ya que éste concepto a pesar de tener una indudable trascendencia civil no prejuzga la titularidad del bien jurídico lesionado, como sucede en los casos de los herederos de un asesinado.

2.3.1.3. El objeto.

El objeto del delito es aquel sobre el que recae físicamente la conducta descrita en el verbo y puede ser tanto una persona como una cosa. Puede coincidir con el sujeto pasivo en los casos de delitos contra los particulares, pero no siempre sucede así, como ocurre en los delitos de apoderamiento patrimonial en que mientras el sujeto pasivo es el titular de bien sustraído, el objeto material es dicho bien. También puede distinguirse, junto con el objeto material, el objeto jurídico, que viene a coincidir con el bien jurídico protegido en la norma penal.

2.3.2. Los elementos de la parte subjetiva del tipo.

La parte subjetiva del tipo, que es la correspondiente a los factores internos del comportamiento humano, tiene como principales elementos configuradores el dolo o la imprudencia, además de otros posibles elementos subjetivos del injusto, que no tienen porque estar presentes en todos los tipos.

El dolo está compuesto por el conocimiento y la voluntad de los elementos del tipo objetivo y la imprudencia por la infracción del deber objetivo de cuidado. Por otra parte, con frecuencia, los tipos penales incluyen determinados elementos referidos a aspectos internos del sujeto activo y que, como tales, pertenecen al ámbito de la tipicidad y no de la culpabilidad. Como ejemplos pueden citarse el ánimo de engañar sobre la materia del metal en el delito de falsificación de moneda del art. 135 CP o el fin de exoneración del servicio público en los delitos de falsificación de certificados del art. 159 CP.

2.3.3. Elementos descriptivos y normativos del tipo.

El Legislador puede acudir al redactar el tipo penal a elementos descriptivos o a elementos normativos. Se denominan elementos descriptivos aquellos que el legislador utiliza para expresar realidades aprehensibles por los sentidos. Normalmente para la interpretación de estos elementos el operador jurídico debe acudir al sentido que tenga esa expresión en el lenguaje común u ordinario. Así, por ejemplo, la expresión otro que se utiliza en la descripción del delito de homicidio es un mero enunciado de persona y para determinar quien puede ser sujeto pasivo de dicho delito bastará, en principio, con acudir a la definición que en el lenguaje ordinario se da a persona para entender que sólo aparece referido a los seres humanos. No cabe ignorar que, en todo caso, cualquier elemento utilizado en una norma, por ese mero hecho, ya asume un cierto carácter normativo.

Los elementos normativos, por su parte, son los que se refieren a realidades sociales o de valoración jurídica. En tales casos, si se refieren a realidades o valoraciones sociales, el interprete deberá intentar derivar su significado acudiendo al común sentir social. Así, por ejemplo, en el delito de injurias (art. 367 CP) se considera como tal cualquier expresión *afrentosa* o término de desprecio. Pues bien, qué quepa considerar como afrenta o desprecio no resulta directamente aprehensible a partir del lenguaje ordinario, sino que exige una función previa del intérprete de esforzarse en poder captar cuál es la valoración social sobre el particular. Por ello, estos elementos normativos de carácter social permiten una permanente adaptación de la comprensión de los tipos a la evolución y realidad social del momento en que han de aplicarse. Son elementos altamente dinámicos.

La comprensión del significado de los elementos normativos de valoración jurídica es más sencilla y de carácter más estático en tanto que, por definición, su contenido queda fijado en otra norma del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, los conceptos premeditación y acechanza que califican al asesinato (art. 296 CP) aparecen con una definición auténtica aportada por el legislador penal en los arts. 297 y 298 CP, respectivamente, o el de casa habitada en el art. 390 CP. En otras ocasiones, las definiciones aparecen definidas en otros sectores del ordenamiento jurídico a los que hay que acudir para aprehender el significado de un concreto elemento. Ese es el caso, por ejemplo, del concepto moneda de curso legal del art. 135 CP o de escritura pública del art. 147 CP.

2.4. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.

La clasificación de los tipos penales puede variar mucho en función del criterio de referencia que se adopte. Así, al margen de una posible clasificación legal de acuerdo con la eventual previsión expresa de cada ordenamiento jurídico, desde un punto de vista sistemático y teniendo en cuenta los elementos del tipo objetivo resulta posible efectuar diversas clasificaciones dependiendo, entre otros criterios, de la modalidad de conducta, de los sujetos o la afectación al bien jurídico.

2.4.1. Clasificación legal.

El CP dominicano establece en el art. 1 una tripartición de los tipos penales en función de la gravedad de las consecuencias jurídicas aplicables y que, de menor a mayor gravedad, son las contravenciones, los delitos y los crímenes. Así en dicho precepto se establece que los tipos penales que contengan infracciones que las leyes castigan con penas de policía (arts. 464 a 466 CP) son las contravenciones, las que castiga con penas correccionales, descritas en los arts. 9 y 11 CP, delitos, y las que castigan con penas aflictivas o infamantes, descritas en los arts. 6 a 8 y 11 CP, los crímenes.

2.4.2. Según las modalidades de conducta.

Diversas son, a su vez, las clasificaciones que pueden adoptarse si se toma como criterio referencial la modalidad de conducta.

a) Delitos de mera actividad y de resultado: Esta clasificación toma en consideración si el tipo penal exige que la conducta provoque un resultado distinto a la propia conducta, en el sentido de separable espacio-temporalmente (delito de resultado), o bien que la propia conducta, en sí misma, suponga la lesión del bien jurídico protegido (delito de mera actividad). Un ejemplo de los primeros es el homicidio (art. 295 CP) y de los segundos, la inhumación de cadáveres (art. 358 CP).

Esta distinción resulta relevante desde distintas perspectivas, ya que los delitos de resultado exigen como elemento típico la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado y, además, pueden plantear problemas en cuanto a la determinación del tiempo y lugar del delito, así como de los efectos aplazados en el tiempo.

b) Delitos instantáneos y permanentes: Esta clasificación responde a la diferencia existente según que la conducta típica genere una situación de ilegalidad que se agota con la realización del hecho (delitos instantáneos), como puede ser el homicidio, o que resulte duradera, proyectando dicha situación en el tiempo (delitos permanentes), como puede ser el secuestro (art. 354 CP). Esta distinción también tiene una dimensión práctica en la determinación del momento en que puede comenzar el cómputo de los plazos de prescripción o, por ejemplo, para delimitar la actuación en legítima defensa.

c) Delitos de acción y de omisión: Esta clasificación discrimina entre aquellos tipos penales en que la norma que lo contiene prohíbe realizar una conducta (delitos de acción) y aquellas en que se ordena realizar una conducta (delitos de omisión). Así pues, rectamente entendida, no es una clasificación que atienda a la descripción de la actuación humana sino, más propiamente, a si la norma infringida es una prohibición o un mandato.

d) Delitos de omisión propia y de comisión por omisión: Dentro de la clasificación de los delitos de omisión, si el mandato se limita a ordenar un no hacer sin exigir un resultado, este delito de mera omisión se denomina omisión pura o propia. Como ejemplo cabe citar el delito de denegación de auxilio a la autoridad civil del art. 234 CP. Por el contrario si el mandato de no hacer se concreta en la obligación de evitar un resultado, este delito se denomina omisión impropia o comisión por omisión. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el delito de omisión de proveer avituallamiento con paralización del servicio público del art. 430 CP. Hay que destacar, además, que los delitos que aparecen descritos sólo con la prohibición de causar un resultado, como puede ser el homicidio, también cabe considerarlos, desde una perspectiva normativa, un mandato de evitar ese resultado, por lo pueden cometerse tanto por acción como en comisión por omisión.

e) Delitos de medios determinados y resultativos: El Derecho penal, por su carácter fragmentario, en unas ocasiones protege bienes jurídicos, especialmente lo más importantes, contra cualquier ataque que se le dirija, como ocurre con la vida o la integridad física. Sin embargo, hay ocasiones en que, respecto de otros bienes jurídicos, solo sanciona los más graves ataques, como ocurre con el patrimonio. En función de ello, si en la descripción de la conducta el tipo penal se limita a recoger una determinada modalidad de ataque, se le denomina delito de medios determinados, como sucede con el delito de robo; y si se extiende a cualquier forma de ataque, como las lesiones, es un delito resultativo.

f) Delitos de un acto, de pluralidad de actos, alternativos o de habitualidad: Esta clasificación toma en cuenta si la descripción de la conducta típica sólo contiene un acto, como el contraer matrimonio en el delito de bigamia del art 340 CP, o una pluralidad de ellos que deban ser concurrentes, como el engaño, violencia o intimidación y el robo del menor en el delito de secuestro de menores del art. 354 CP; o alternativos, como vender, introducir, fabricar, poseer, detentar o portas bombas en el tipo del art. 435.1 CP. Por otra parte, también hay tipos penales que necesitan para su comisión que la conducta no sea puntual sino que exista una habitualidad su realización, como ocurre en el delio de mendicidad del art. 275 CP.

2.4.3. Según los sujetos.

Un segundo criterio de clasificación general de los tipos penales puede efectuarse teniendo en cuenta diversas características del sujeto activo.

a) Delitos comunes y delitos especiales: La mayoría de los tipos penales cuando describen el sujeto activo de la conducta típica suelen hacerlo a través de la expresión "el que" (arts. 132, 139 a 141 ó 154 CP), "los que" (arts. 216 ó 248 CP), "aquel que" (arts. 95 ó 148 CP), "aquellos que" (arts. 92, 99 ó 100 CP) o "cualquiera que" (art. 104 CP). Aunque también cabe apreciar que en otros tipos penales se opta por la fórmula "toda persona" (arts. 76 ó 135 CP), "todo aquel" (arts. 77, 94, 105, 143 ó 151 CP), "todo individuo" (arts. 95, 103 ó 150 CP) o "todo ciudadano (art. 113 CP). Todas estas expresiones indican que puede ser sujeto activo de estos delitos cualquier persona, constituyendo, por tanto, ejemplos de delitos comunes.

No obstante, hay otros tipos penales en que el ámbito de los sujetos activos queda delimitado a un determinado grupo de personas como son, por ejemplo, los funcionarios, agentes o delegados del gobierno (art. 114 CP), funcionarios públicos (arts. 119 ó 166 a 199 CP), alcaides, guardianes o conserjes de las cárceles (art. 120 CP), jueces, fiscales o suplentes (art. 127 CP), posaderos, fondistas o mesoneros (art. 154 CP), o, incluso, sacerdotes y ministros de culto (art. 201 a 208 CP). Habida cuenta de que estos delitos sólo pueden ser cometidos por ese ámbito limitado de sujetos activos se les denomina delitos especiales.

b) Delitos especiales propios e impropios: Los delitos especiales pueden, a su vez, clasificarse en delitos especiales impropios, que serían aquéllos que también pueden ser cometidos por el resto de personas, pero por determinadas circunstancias se establece una sanción distinta si se lleva a cabo por un ámbito concreto de sujetos activos. Por su parte, los delitos especiales propios son aquéllos que sólo y exclusivamente pueden ser cometidos por ese delimitado grupo de sujetos activos, de tal modo que si la conducta la desarrolla cualquier otra persona no tendrían relevancia penal.

Como ejemplo de los primeros, cabe destacar el delito de falsedad, que si bien el cometido por empleado o funcionario público está tipificado en el art. 145 CP, su comisión por cualquier otra persona no resulta impune, sino que también está sancionada en el art. 147 CP, o el delito de evasión de presos en que también se diferencia entre la conducta llevada a cabo por los encargados de la custodia de presos o por cualquier otra persona (art. 239 CP). Como ejemplo de los segundo, cabe reseñar los delitos propios de funcionarios como la prevaricación.

c) Delitos de autoría o participación: El criterio de clasificación relevante en estos casos es que respecto de los tipos de autoría se exige su realización directa o mediata, sólo o conjuntamente, de la conducta descrita en el tipo y, sin embargo, los tipos de participación exigen la ejecución de otras conductas típicas de coadyuvancia con la desarrollada por el autor.

2.4.4. Según la afectación al bien jurídico.

La manera en que los diversos tipos penales describen la afectación al bien jurídico protegido también sirve de criterio de clasificación. Así, cabe diferenciar entre **delitos de lesión y delitos de peligro.** Los primeros exigen que se produzca una efectiva lesión del bien jurídico protegido. Ello no significa, sin embargo, que deban confundirse con los delitos de resultado, ya que los delitos de lesión pueden referirse a delitos de resultado, como es el caso del homicidio, o de mera actividad, como es el caso de la difamación.

Por el contrario, los delitos de peligro se consuman con la mera constatación del peligro para el bien jurídico. Esta técnica de tipificación es usada para adelantar las barreras de protección dispensada por el Derecho penal. En efecto, toda vez que la sanción de las conductas imprudentes exige la producción de un resultado, es cada vez más frecuente en los ordenamientos penales incluir delitos para sancionar conductas peligrosas sin necesidad de que de las mismas deriven una lesión efectiva. A su vez, los delitos peligro pueden ser de **peligro concre**to, cuando con la acción quepa apreciar un concreto peligro de lesión inmediata del bien jurídico, como puede ser el caso de la posesión de instrumentos para cometer robos (art. 277 CP), o de **peligro abstracto**, en que el riesgo es solamente potencial o genérico como sucede, por ejemplo, en la violación de reglamentos relativos a la calidad de los productos que se exporten al extranjero del art 413 CP.

3. LA ACCIÓN:

3.1. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN:

La polémica doctrinal sobre si sistemáticamente la conducta humana, en sentido amplio, es un elemento previo e independiente a las categorías del delito o debe ser considerada como un elemento objetivo más a integrar dentro del tipo penal ya ha sido expuesta anteriormente. Ahora va a abordarse una segunda polémica, que históricamente y todavía en la actualidad, se plantea sobre el concepto de acción: su carácter ontológico o normativo.

La caracterización de la acción como un concepto ontológico implica que es una realidad previa a la existencia de norma sociales -y, por tanto, también prejurídica- que forma parte del ser. De ese modo la definición de acción vendría aportada por conocimientos o experiencias no jurídicas o sociales. En última instancia, desde una perspectiva ontológica, el derecho y los restantes saberes normativos tendría que acudir a otras ramas del conocimiento para conceptuar la acción.

Por el contrario, la caracterización de la acción como un concepto normativo implica que es una realidad social, creada por las normas sociales –y, por tanto, también por el Derecho-, que forma parte del deber ser. De ese modo, la definición de acción vendría aportada por las normas sociales. En última instancia, desde una perspectiva normativa, las normas sociales, también el derecho, construirían un concepto de acción plenamente autónomo que no tendría porqué estar condicionado por lo que en el lenguaje ordinario o común o desde otras perspectivas se entiende por acción.

La dogmática penal ha evolucionado desde una conceptuación ontológica de acción, en que han pugnado un enfoque objetivo-naturalista (concepto causal o causalista de la acción) y otro subjetivo-finalista (concepto final o finalista de la acción), hasta una conceptuación normativista, que pone especial incidencia en la concurrencia de características tales como la relevancia o trascendencia social (concepto social de la acción), la no evitación de un resultado pudiendo hacerlo (concepto negativo de la acción) o de manifestación de la personalidad (concepto personal de la acción).

3.1.1. La conceptuación ontológica de la acción.

3.1.1.1.- El concepto causal de acción:

La acción dentro de la teoría clásica y neoclásica del delito era definida a partir de parámetros meramente naturalísticos. En la teórica clásica, cuyos máximos exponentes fueron von Liszt y Beling, por inspiración de las corrientes del positivismo científico, la acción quedaba caracterizada por dos aspectos: por un lado, como causa, la existencia de un movimiento corporal humano y, por otro, como efecto, que dicho

movimiento tuviera un resultado en virtud del cual se modificara el mundo exterior, pudiendo consistir dicha modificación tanto en un resultado ajeno y distinto a la propia conducta -por ejemplo, la relación entre el apuñalamiento y la muerte o la lesión de la víctima-, como en un resultado que sea la propia parte externa de la conducta -por ejemplo, la relación entre decir algo y que ese algo sea una expresión injuriosa para la víctima-.

En la teoría neoclásica, cuyos representantes más destacados fueron Mezger y M. E. Mayer, por inspiración de la filosofía neokantiana y el resurgir de valorativismo, se mantuvo en su integridad las características definitorias de la teoría clásica, pero añadiendo el matiz corrector de que dicho movimiento corporal fuera manifestación de la realización de la voluntad del ser humano en tanto que ello dotaba de valor y sentido a la acción humana.

Ambos conceptos de acción eran meramente descriptivos y objetivos. Descriptivos, por limitarse a constatar externamente el suceso causal, y objetivo, por que, a pesar de incluirse en la versión neoclásica la voluntariedad, ésta incide en que el movimiento desarrollado sea producto de la decisión humana, pero no en que esa voluntad esté dirigida o tenga una intención concreta. Esto es, se distingue entre el impulso de la voluntad –el sujeto ha querido realizar la acción-, que es lo propio de la conducta humana, y el contenido de dicha voluntad –lo que el sujeto ha querido al realizar la acción-, que se integraría posteriormente en la culpabilidad para realizar el juicio de reproche subjetivo e implica la identificación del sujeto con su propia conducta.

Las principales objeciones que históricamente se han hecho al concepto causal de acción han sido, desde el punto de vista sistemático, sus dificultades para servir de fundamento tanto a los delitos de mera actividad, en que no existe, necesariamente, la causación de un resultado separable de la acción, en el sentido de producir una modificación del mundo exterior –por ejemplo, el delito de perjurio del art. 361 CP-, como de los delitos de omisión en que, a lo sumo, la conducta omisiva no detiene un curso casual, pero que no puede ser concebida como la puesta en marcha de un curso causal lesivo –por ejemplo, la no entrega de niño recién nacido que se hallare abandonado del art. 347 CP-. En ese sentido, fracasa la vocación del concepto causal de acción de ser también una teoría unitaria de la conducta que englobe las acciones positivas –el hacer- y las negativas –el no hacer-. Ahora bien, la principal objeción de que ha sido objeto se ha desarrollado desde una perspectiva axiológica, en tanto que en la versión clásica no era capaz de caracterizar la esencia de la conducta humana frente a, por ejemplo, los actos de la naturaleza o de animales, que también son causales, pero no relevantes por sí mismos para el Derecho penal, y, en su versión neoclásica, a pesar de la corrección que supuso la idea de voluntariedad, tampoco fue capaz de dotarla del necesario significado social que es el relevante para el enjuiciamiento de la conducta.

3.1.1.2.- El concepto final de acción:

El concepto final de acción, formulado por Welzel a partir de los años 30 del s. XX, comparte con el causal su carácter prejurídico, pero mientras el concepto casual toma como punto de partida el hecho objetivo de la conducta desencadenante del curso causal que produce un resultado, sin embargo, el concepto final de acción pone el acento, partiendo de la *naturaleza de las cosas,* en la finalidad como elemento esencial de la acción humana, al entender que en ella radica la diferencia de las acciones humanas con el resto de eventos causales. Así, ya no es sólo el contenido de la voluntad de querer realizar la acción, predicado por los causalistas neoclásicos, lo que distingue la acción humana, sino el que el sujeto, conociendo los cursos causales y pudiendo prever las consecuencias de su conducta, desarrolle una actividad con la finalidad de conseguir un objetivo, planificando su acción. En ese sentido, el concepto final de acción es valorativo y subjetivo.

El concepto final de acción también ha recibido diversas críticas, especialmente de índole sistemáticos por las dificultades insalvables que encontró para poder abarcar los delitos imprudentes y los omisivos. En efecto, si la acción se define como intención o finalidad dirigida a la consecución de un objetivo y la acción imprudente es aquélla en la que no existe una intención lesiva, o bien debe excluirse del concepto de acción final las acciones imprudentes, que fue la primera posición adoptada por el propio Welzel, o bien se busca una finalidad potencial –segunda teoría de Welzel-, o bien se asume, como defendió Niese en los años 50, que la finalidad no se dirige a la producción de un resultado –por ejemplo, matar- sino a la realización de la propia conducta imprudente –por ejemplo, circular a una velocidad excesiva o manipular un arma a partir de la cual se desencadena el resultado lesivo-.

Por su parte, tampoco el concepto final de acción, como ocurrió con el concepto causal, logró dar respuesta satisfactoria a los delitos de omisión pura, ya que en ellos no hay una intención o finalidad dirigida a un objetivo, sino, en su caso, intención de no interrumpir un evento. Más modernamente, además, también se ha puesto de relieve como el concepto final de acción no resulta adecuado para la mayoría de las acciones humanas, en que el sujeto no se plantea ni se representa necesariamente un objetivo, sino que desarrolla acciones automatizadas u otras de carácter impulsivo o irreflexivo.

3.1.2. La conceptuación normativa de la acción.

3.1.2.1.- El concepto social de acción:

Al unísono del surgimiento de la doctrina final de la acción, se desarrolló, como teoría puramente normativa, el concepto social de acción. Las teorías ontológicas te-

nían una vocación de definir la acción y de fundamentar una estructura sistemática. La teoría social de la acción, sin embargo, asumió como objetivo incidir allí donde habían fracasado el concepto causal y final: el intento de ofrecer un concepto unitario de conducta. Para ello, ya en los años 30 del s. XX, autores como Larenz y H. Mayer inciden en un aspecto objetivo-final de la conducta como es que, con independencia de la intención del sujeto, resulte objetivamente adecuada para cualquiera que pudiera pretender producir el resultado buscado. De ese modo, sólo sería acción aquélla que socialmente puede ser valorada como apta para producir el resultado. Más modernamente, en autores como Jescheck, se pasará a una conceptuación en que se afirma de manera genérica que sólo las conductas socialmente relevantes son las que pueden interesar a priori al Gerecho penal.

Así, si la acción aparece definida como conducta dotada de un significado social, es evidente, por un lado, que se abandona su conceptuación ontológica para entrar en lo puramente normativo, ya que sólo puede definirse lo que tiene o no relevancia social y jurídico-penal con remisión a la valoración social o jurídica del comportamiento humano, y, por otro, que se consigue unificar bajo una característica común a la acción, la omisión y las conductas imprudentes, toda vez que lo esencial ya no es ni la causación ni la intención sino la valoración social de la conducta.

El concepto social de acción también ha recibido críticas. Se le ha reprochado que en su pretensión normativa de conceptuar la acción desde su relevancia normativa acaba confundiendo acción y tipicidad, en tanto que sólo sería acción socialmente relevante aquélla que, por cumplir con las exigencias del tipo penal, fuera ya típica, por lo que sería un concepto que carece de cualquier utilidad delimitadora autónoma.

3.1.2.2.- Otros conceptos normativos de acción:

Han existido, más modernamente, otros intentos de definir normativamente la acción, pretendiendo dar un concepto unitario para los delitos de acción y omisión. Cabe destacar, entre los más importantes, el concepto negativo de acción, formulado por Herzberg, para quien lo esencial de ese concepto unitario hay que buscarlo no en los delitos activos, sino, precisamente, en los omisivos, siendo su característica común la no evitación de lo que es evitable teniendo un especial deber de que el resultado no se produzca. También cabe destacar el concepto personal de acción, defendido por Roxin, para quien su característica fundamental es que sea una manifestación de la personalidad. Con este concepto pretende, por un lado, esencializar la conducta humana frente a otras manifestaciones humanas que no están controladas por la personalidad, dotándola, de ese modo, de un matiz subjetivo, y, por otro, permitir una labor delimitadora del resto de categorías jurídicas, al excluir del mismo la conciencia y la voluntad.

Lectura: Sobre los diferentes conceptos de acción.

Objeto formativo: Aprehender las diversas conceptuación de la acción según las distintas corrientes dogmáticas.

Texto:

"En el concepto de acción está comprendido el concepto de resultado. Resultado del delito es la total realización típica exterior; por ello, el resultado comprende, tanto la conducta corporal del agente como el resultado externo causado por dicha conducta (…). Por consiguiente, integran el resultado la totalidad de los efectos que producen en el mundo exterior el acto de voluntad que es la base de la acción; dichos efectos comienzan con la excitación nerviosa del agente, se manifiestan al exterior por medio del movimiento corporal del que actúa y se continúa hasta el infinito en las consecuencias de la cadena causal puesta en movimiento por el primer impulso del autor".

Edmund Mezger: T*ratado de Derecho Penal.*

"La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer final y no solamente causal. La finalidad, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos limites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente"

Hans Welzel: *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.*

"Las formas en las que tiene lugar el enfrentamiento del ser humano con su entorno (finalidad en el hacer positivo y la posibilidad de dirigir en la omisión) no pueden ser unificadas en un nivel ontológico, dado que la omisión no es final en si misma por estar ausente de ella la expectativa de la puesta en marcha de la finalidad. Sin embargo, el hacer positivo y la omisión pueden integrarse en un concepto de acción unitario cuando se alcanza a encontrar un punto superior de carácter valorativo que aúne en el ámbito normativo los elementos que, por su esencia material, resultan incompatibles. Esta síntesis debe ser buscada en la relación del comportamiento humano con su entorno. Éste es el sentido del concepto de acción social. De acuerdo con ello la acción es un comportamiento humano con trascendencia social. Aquí el comportamiento significa toda respuesta de la persona a la exigencia de una situación reconocida o por lo menos reconocible, a través de la realización de una posibilidad de reacción que se le presenta en dicha situación".

Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*

"Un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como "manifestación de la personalidad", lo que significa lo siguiente: En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la espera corporal (somática) del hombre, o "del ámbito material, vital y animal del ser", sin estar sometidos al control del "yo", de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano (…). Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son manifestaciones de la personalidad y por tanto no son acciones".

Claus Roxin: Derecho Penal. Parte General. I.

3.2. LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ACCIÓN.

La búsqueda de un concepto de acción no es un mero ejercicio intelectual, sino que tiene una amplia repercusión sistemática y dogmática. Ya se ha comprobado como, con centro en el concepto de acción, se desarrollaron distintas estructuras y categorías sistemáticas dentro del delito. No acaba ahí la importancia práctica del concepto de acción. También tiene una influencia relevante en delimitar aquellas conductas procedentes del hombre que, a pesar de causar resultados típicos, deben quedar excluidas del Derecho penal por no ser aptas ya inicialmente para considerarse acciones sobre las que se pueda proyectarse un juicio de responsabilidad penal. Son la llamadas causas de exclusión de la acción y se caracterizan, en el lado positivo, por ser conductas que tienen su origen y se desarrollan por el cuerpo humano y, en el lado negativo, porque no pueden ser consideradas como humanas, en el sentido de que no cuentan con las notas que, según se ha expuesto para cada teoría de la acción, son esenciales para definirlas como resultado del comportamiento humano, careciendo por ello de relevancia penal.

Algunos ordenamientos hacen expresas alguna o algunas de estas causas de exclusión de la acción en su articulado como supuestos de exclusión de la responsabilidad penal, pero lo común es que no se haga mención a ellas. Ello no es impedimento, sin embargo, para que se pueda apreciar su eficacia para excluir la responsabilidad penal, ya que conceptualmente está ausente uno de sus prepuestos esenciales: la acción. Es más, la inclusión expresa en los ordenamientos penales de estas causas viene siendo considerada por muchos autores como superflua e innecesaria. De ese

modo, la prohibición expresa del art. 65 CP de excusa de los crímenes y delitos sino en los casos y circunstancias expresamente previstas en la ley no sería un óbice para su aplicación en el ordenamiento penal dominicano.

La causas de exclusión de la acción más comúnmente consideradas, y sobre las que existe un mínimo consenso dogmático con independencia del concepto de acción defendido, son la fuerza irresistible, los movimientos reflejos y las situaciones de inconsciencia.

3.2.1. La fuerza irresistible.

El art. 64 CP establece, junto a los supuestos de estado de demencia –que en puridad son supuestos de exclusión de la culpabilidad-, que "[c]uando al momento de cometer la acción el inculpado (…) se hubiese visto violentado a ello por una fuerza a la cual no hubiese podido resistir, no hay crimen ni delito". Las notas esenciales para que pueda apreciarse la fuerza irresistible son que se trate de una fuerza de carácter físico, de origen exterior y que anule totalmente la voluntad.

La limitación de esta excusa a la *vis física* o fuerza de carácter físico, con exclusión de los supuestos de *vis moralis* o violencia moral, viene justificada, desde una perspectiva legal, de la conjunción de los conceptos violentado y fuerza, que se utilizan el art. 64 CP, y desde una perspectiva dogmática, del hecho de que sólo en tales casos la acción del inculpado no depende en absoluto de su voluntad. La ejecución de un acto, por ejemplo, bajo la conminación inmediata de muerte –*vis moralis*- podrá, en su caso, excusar la responsabilidad de quien actúa, pero dicha excusa no deriva de que su acción no dependa de su voluntad natural, pues, a pesar de ser compelida, todavía tiene la posibilidad de oponerse a ella.

El carácter exterior de la fuerza implica que la voluntad del sujeto no se haya visto anulada por motivaciones o fuerzas internas, tales como impulsos provocados por un arrebato o situación pasional o incluso actuaciones en cortocircuito en que el sujeto actúa de manera irreflexiva. Tales supuestos también pueden tener una influencia en la excusa o disminución de la responsabilidad, pero no por excluir la acción, sino por la incidencia que tengan en la menor culpabilidad del sujeto, como son los casos de inmediatez en la previa provocación de la víctima en los delitos contra las personas (art. 321 CP) o la castración inmediatamente provocada por ultraje violento a la honestidad (art. 325 CP). El carácter exterior de la fuerza no implica, sin embargo, que, necesariamente, tenga que tener origen humano, siendo perfectamente posible que tengan origen natural como, por ejemplo, supuestos de un terremoto o una inundación en que el sujeto se ve arrojado contra bienes patrimoniales u otras personas causando daños o lesiones.

La última característica es que sea irresistible. Ello implica que la fuerza, además de ser física y externa, debe ser absoluta, como manifestación de la anulación completa de la voluntad del sujeto. Los casos en que la fuerza sea vencible y depen-

diendo de las circunstancias concurrentes en el caso, cabría apreciar atenuaciones o incluso otras excusas, en atención a la concreta afectación que tengan sobre la capacidad de motivación del sujeto.

En la práctica no suelen ser comunes los supuestos de fuerza irresistible en los delitos activos, aunque si son imaginables en casos como obligar por la fuerza a empuñar un arma o un chuchillo para que dispare o hiera a otro con el fin de dejar en las armas sus huellas y no las propias. Sin embargo, podrían tener un mayor campo de actuación en los delitos omisivos cuando, por ejemplo, se utiliza la fuerza física o se ata a un sujeto para impedirle llevara cabo la acción debida –se ata al guardagujas ferroviario para evitar que regule el tráfico; se sujeta a una persona para evitar que actúe en defensa de otra o se encierra a una madre para evitar que alimente a su hijo-.

3.2.2. Movimientos reflejos y situaciones de inconsciencia:

Ninguna de ambas situaciones aparecen recogidas expresamente en el CP, como tampoco aparecen, por ejemplo, en el CP español, lo que no es impedimento para que desplieguen los efectos de excusa que le son propios al impedir que concurra el presupuesto típico de la acción humana.

Los **movimientos reflejos** son aquellos actos que desarrolla el cuerpo humano directamente desde los centros motores sin mayor intervención de la conciencia como pueden ser convulsiones, espasmos e incluso determinados movimiento instintivos. De ese modo, por ejemplo, quien a consecuencia de las convulsiones de un ataque epiléptico provoca la destrucción de injertos quedaría excusado del delito previsto en el art. 447 CP. En todo caso, nuevamente hay que insistir en que si bien cabe incluir en esta categoría determinados tipos de movimientos instintivos como los de protección, no lo serían aquellos de tipo impulsivo, como el caso de la llamada retorsión o agresión, sea física o de palabra, a quien profiere una ofensa verbal.

Las **situaciones de inconsciencia**, por su parte, también son supuestos en que a pesar de existir movimientos corporales queda totalmente excluida o anulada la voluntad humana, en este caso, porque el sujeto carece de conciencia de la conducta realizada. Son los supuestos de sonambulismo, narcosis o hipnosis. Así, por ejemplo, quien encargado del cuidado de un niño es narcotizado por un tercero y no evita que caiga desde una ventana quedaría excusado del homicidio imprudente (art. 319 CP). Estas situaciones deben distinguirse de las conductas realizadas en estado de demencia, reguladas en el art. 64 CP, en las que la consciencia no está ausente, sino alterada, ya que en tales supuestos, como ya se dijo, lo determinante es la falta de motivación suficiente y, por tanto, la culpabilidad.

En todo caso, hay que señalar que a esta excusa le será también aplicable la doctrina de la actio y la *omissio libera* in causa (acción y omisión libres en la causa), que se expondrá más detenidamente al tratar la demencia como excusa de los crímenes

y delitos. Conforme a esta doctrina, tales acciones tendrán relevancia penal cuando el sujeto se haya colocado intencional o, incluso imprudentemente, en esa situación de plena inconsciencia. Así, por ejemplo no quedaría excusado del delito de homicidio o lesiones imprudentes quien, estando al cuidado de un bebé, se embriaga hasta una situación letárgica, no pudiendo impedir que el bebé caiga desde una ventana, ya que si bien su omisión se produjo en situación de excusa, ésta fue provocada por un actuar libre.

4. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA:

4.1. EL SIGNIFICADO DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La conducta humana y el resultado lesivo, en los tipos que exigen la producción de un resultado independiente de aquélla –delitos de resultado-, son, como se ha expuesto, los elementos principales de la parte objetiva del tipo penal para que pueda entenderse consumado. En la medida que lo sancionado por estas normas penales es la causación del resultado típico, ello exige que entre la conducta desarrollada y el resultado producido medie un nexo causal que pasaría a ser, a su vez, un elemento del tipo. Es lo que se denomina la relación de causalidad.

Las teorías causalistas, como también se ha señalado anteriormente, consideraban que el nexo causal formaba parte de un concepto amplio de acción y, por tanto, compartía su carácter ontológico y meramente descriptivo. Ello provocaba que, por influencia del positivismo científico, el nexo causal se concibiera como una mera relación empírica causa-efecto.

La teoría finalista, por el contrario, a pesar de defender un concepto ontológico de acción dio entrada a ciertos elementos valorativos que propiciaron que la relación de causalidad superara su carácter meramente empírico, incluyendo la exigencia de determinados elementos normativos para restringir la tipicidad de los cursos causales.

En la evolución posterior de la teoría jurídica del delito, la normativización de la relación de causalidad dio lugar al surgimiento del concepto de imputación objetiva, como reacción, precisamente, al de relación de casualidad, para hacer resaltar que el nexo entre acción y resultado no es meramente de carácter fáctico sino normativo. Lo relevante para afirmar la tipicidad del hecho no sería, por tanto, que la acción sea la causa del resultado, sino que el resultado pueda ser atribuido a la conducta del sujeto y no a otros factores. De ese modo, en la actualidad la doctrina dominante viene exigiendo, junto a la relación de causalidad, la imputación objetiva.

La relación de causalidad y la imputación objetiva son instituciones de gran importancia dentro de la teoría del tipo y de singular trascendencia en la práctica

jurisprudencial, ya que, dentro de los delitos dolosos, es un criterio fundamental para delimitar los delitos consumados de los intentados y, dentro de los delitos imprudentes, es un criterio para delimitar el carácter típico o atípico de la conducta.

Por ejemplo, en un supuesto en que se apuñala con intención de matar, produciendo la muerte por desangramiento, pero que se acredite que el fallecimiento ha sobrevenido a consecuencia de la hemofilia padecida por el sujeto, que ha impedido una normal cicatrización de la herida, la discusión sobre si la muerte ha sido causada, en el sentido exigido por el tipo penal de homicidio, por el sujeto activo es muy relevante para poder concluir si ha de ser considerado reo de homicidio consumado (art. 295 CP) o reo de homicidio intentado (art. 295, en relación con el art. 2 CP)[1].

De la misma manera, en un supuesto en que sin autorización se quite gramas de un camino publico, provocando un bache en que acaba tropezando la victima que muere por golpearse en la cabeza tras sufrir una caída, la discusión sobre la concurrencia de la relación de causalidad entre la conducta de quitar las gramas y el fallecimiento de la víctima es fundamental para poder concluir si ha de ser considerado reo de homicidio imprudente (art. 319 CP), en que la muerte es elemento imprescindible, o, a lo sumo, de una simple contravención de tercer grado prevista en el art. 479.17 CP.

Además, el estudio de la relación de casualidad tiene una importancia especial en los ordenamientos penales en que perviven delitos complejos y cualificados por el resultado, como es el caso del CP dominicano, en que está previsto, por ejemplo, el homicidio preterintencional (art. 309), la castración con resultado de muerte (art. 316), abandono de niños con resultado de lesiones o muerte (art. 351) o el incendio con resultado de muerte (art. 434).

4.2. LAS TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA:

Se han formulado diversas teorías de la causalidad para determinar cuáles son los requisitos necesarios para poder afirmar la existencia del nexo causal. Las principales son la teoría de la equivalencia de condiciones, las teorías individualizadoras y las teorías generalizadoras.

4.2.1. La teoría de la equivalencia de condiciones:

La teoría de la equivalencia de condiciones o, más abreviadamente, de la condición, tuvo su formulación originaria en Julius Glaser a mediados del s. XIX, siendo acogida por el Magistrado alemán von Buri en la década de los setenta de

1 Podría parecer que en el CP dominicano esta distinción entre consumación y tentativa pierde interés derivado del hecho de que el art. 2 establece la misma pena para los crimines con independencia de su grado e ejecución. Sin embargo, ello no es así, al menos, por dos ordenes de consideraciones: en primer lugar, porque el art. 3 sí establece una diferencia relevante, y mucho, entre consumación y tentativa para los delitos, ya que solo estarán sancionados los delitos intentados expresamente previstos en la ley; y, en segundo lugar, porque incluso en relación con los crímenes el diferente grado de ejecución necesariamente habrá de ser un criterio judicial en la individualización de la pena.

ese mismo siglo. Esta teoría sostiene que es causa del resultado toda condición de la cual depende su producción, siendo indiferente que sea directa o indirecta, cercana o remota, ya que todas las condiciones son equivalentes.

La cuestión, por tanto, quedaba reducida a determinar cuando una conducta cumplía el requisito de ser condición del resultado. Dos formulas principales fueron las desarrolladas: la conditio sine qua non y el conocimiento conforme a las leyes de la naturaleza.

4.2.1.1 La conditio sine qua non.

El planteamiento originario de la teoría de la equivalencia de condiciones en Glaser incorporaba ya una formula para determinar cuando una conducta es condición de un resultado. Esta formula era la de la *conditio* sine qua non, según la cual bastaría con ponerse en la hipótesis de suprimir mentalmente la conducta para verificar si, en tal caso, también desaparecería el resultado.

Esta formula hipotético-negativa, a pesar de su éxito jurisprudencial por la sencillez de su aplicación, sin embargo, desde una perspectiva lógica, fue objeto de una severa crítica al incurrir en una *petición de principio*, ya que presupone el conocimiento de lo que precisamente se intenta demostrar con ella. Así es, si lo que se intenta averiguar es si ha sido el suministro de un determinado medicamento o de un alimento en mal estado el que ha causado la muerte de la víctima, nunca se podría saber si, suprimida mentalmente la conducta, desaparecería dicho resultado, si previamente no se sabe que ese medicamento o alimento fue causa de ese resultado, que es, precisamente, lo que se intentaba demostrar.

Además, también esta formula fue objetada desde el punto de vista jurídico, por no dar una respuesta satisfactoria en grupos concretos de casos, como son los llamados procesos de causalidad hipotética y de causalidad cumulativa.

a) **La causalidad hipotética** aparece referida a aquel grupo de supuestos en que el resultado se hubiera producido del mismo modo pero por otra causa. Se puede citar, como ejemplo, el caso del francotirador que renuncia a dispara a la victima al darse cuenta de que otro tirador acaba de dispararla, causándola la muerte. En estos caso, se dice que conforme a la formula de la *conditio* la supresión mental del disparo efectuado por el segundo tirador no implicaría la desaparición del resultado mortal, toda vez que la muerte seguiría produciéndose producto del disparo que hubiera efectuado el primero.

En estos supuestos, sin embargo, la crítica puede ser razonablemente salvada, ya que se está introduciendo un elemento de distorsión en la formula, como es que, además de suprimirse mentalmente el disparo efectuado –que sin duda llevaría a la desaparición del resultado muerte, tal como se produjo, y confirmaría la existencia

de una relación causal-, se ha introducido un segundo elemento hipotético: que se habría producido alternativamente un segundo disparo contra la victima que hubiera producido su muerte. En ese sentido, los supuestos de causalidad hipotética no son un serio obstáculo para la pervivencia de la formula de la conditio.

b) La causalidad cumulativa aparece referida a aquel grupo de supuestos en que coinciden dos o mas condiciones que por sí solas y de manera independiente también hubieran causado el mismo resultado. Como ejemplo, se puede citar el caso del francotirador que dispara a la víctima cuando, simultáneamente, también lo esta haciendo otro, muriendo la víctima por el impacto de las dos balas en el corazón. En tal caso, se dice que la formula de la *conditio* fracasa, ya que tendría que negar la causalidad respecto de ambos tiradores, pues la supresión mental de cualquiera de los dos disparos no haría desaparecer la muerte de la víctima, al quedar siempre subsistente dicho resultado a consecuencia del otro disparo.

A este grupo de supuestos se le ha criticado su carácter extremadamente ideal y teórico, pero, ciertamente, de suceder sería un perfecto ejemplo de fracaso de la formula de la *conditio,* cuya pervivencia sólo podría mantenerse con una reformulación en el sentido de que cuando todas la conductas pueden suprimirse mentalmente de manera alternativa, pero no acumulada, y se mantiene el resultado, todas ellas son causales del mismo.

4.2.1.2. El conocimiento conforme a las leyes de la naturaleza.

Las críticas lógicas dirigidas a la formula de la *conditio* propiciaron el desarrollo por Engisch en la década de los años 30 del s. XX de la formula de la condición según el conocimiento de las leyes de la naturaleza. Esta formula prescindió del juicio hipotético-negativo, sustituyéndolo por un enjuiciamiento positivo de la existencia de la relación causal a partir de su verificación según las leyes científicas. Ello suponía desplaza el problema de la causalidad al mundo de la prueba, dejando en manos de los peritos y los conocimientos científicos consolidados en cada momento la determinación del concepto de condición. Al fin y al cabo, si el nexo causal era, ontológicamente, una relación fáctica o empírica entre una condición y su resultado, parecía lógico remitir a la ciencia y los científicos su determinación. Sería en la posterior comprobación de las restantes categorías del delito cuando se proyectarían los juicios normativos de la conducta del sujeto activo para determinar su eventual responsabilidad penal.

La teoría de la equivalencia de condiciones, basada en una mera concepción científica de causa, imponía una determinación de la causalidad muy ampliada, tanto en lo relativo a las muy numerosas circunstancias que al concurrir para que se verificara un resultado debían ser consideradas equivalentes, como, especialmente, en la existencia de una ininterrumpida concatenación de causas hacia el pasado que llevaba a un regreso al infinito. Por ejemplo, para la teoría de la equivalencia de condicio-

nes, con independencia de la formula que se utilizara, no se podría negar la existencia de un nexo causal entre la conducta de llevar a un amigo al río, donde fallece por ahogamiento al sufrir un ataque en el agua, o del operario que fabricó el cuchillo con el que fue apuñalada la víctima.

Ello provoca que el nexo causal carezca dentro de la teoría del delito de una función delimitadora, siendo meramente descriptiva, y, por tanto, que cualquier conducta que quepa señalar como condición equivalente para la producción de un determinado resultado ni siquiera pueda considerarse indiciaria de la responsabilidad penal, al no existir ningún criterio para discriminar su relevancia social frente a otras conductas. El remitir la comprobación de la relevancia al dolo o la imprudencia tampoco resultaba en algunas ocasiones suficiente, como en el ejemplo, tan reiterado en la doctrina, del sobrino que en la esperanza de que su tío muera en un accidente de aviación le hace viajar frecuentemente en este medio de trasporte. En este caso, a pesar de existir una clara intencionalidad –conducta dolosa-, sin embargo, resulta difícil poder asumir la afirmación de que el sobrino ha causado la muerte de su tío si llegara a producirse el accidente.

De ese modo, era obligado que la teoría de la causalidad evolucionara para poder solventar las disfunciones a las abocaba la teoría de la equivalencia de condiciones. Los pasos en la dirección de conseguir un concepto más restringido de causalidad se dieron con las teorías individualizadoras y las generalizadoras.

4.2.2. Las teorías individualizadoras.

La premisa fundamental de la teoría de la equivalencia de condiciones es que todas las condiciones necesarias para la producción de un resultado son causa del mismo –la causa de la causa es causa del mal causado-. A partir de ello, parecía lógico que la restricción de su formulación pudiera venir dada por intentar individualizar de entre todas las condiciones equivalentes, algunas de ellas. Así nace el grupo de las llamadas teorías individualizadoras, hoy prácticamente abandonadas, pero defendida en su tiempo por autores de relevancia como Binding.

El presupuesto metódico de estas teorías es la existencia de una diferencia ontológica entre el concepto de condición y el de causa, definiendo esta última como aquella condición que se distingue del resto por su preponderancia y eficacia en la producción del resultado. A ese fin, se utilizaron formulaciones como la del factor decisivo o la última condición. Su fracaso provino, además de por su imprecisa formulación de lo que debía considerarse causa más eficiente, tanto por no resolver la objeción de la falta de discriminación de su relevancia social como, en algunos casos, por resultar demasiado restrictiva. Así, por ejemplo, en la conducta de quien provoca intencionalmente una pequeña herida a la victima, que muere finalmente desangrada por sufrir una hemofilia, puede ser negado que la herida sea, desde un plano fáctico,

una causa eficiente o preponderante para el resultado producido, sin embargo, no pudiendo rechazarse su carácter causal, tampoco se puede negar su relevancia jurídico-penal cuando dicha herida se causa conociendo la patología sufrida y su eficacia causal para provocar la muerte.

4.2.3. Las teorías generalizadoras.

Las teorías generalizadoras, frente a las individualizadoras, no centraron su esfuerzo en el plano fáctico para delimitar el concepto de condición y el de causa a partir de una jerarquización, sino que, asumiendo ontológicamente la equivalencia de todas las condiciones, adoptan un método restrictivo consistente en aportar un criterio material para discernir la influencia de cada condición en el resultado. Aquí caben distinguir las teorías de la causalidad adecuada y de la relevancia.

4.2.3.1. La teoría de la causalidad adecuada.

Esta teoría, formulada por Johannes von Kries a finales del s. XIX, considera que, en el sentido jurídico-penal, sólo es causa aquella conducta que tiene la tendencia general -resulta adecuada- para provocar el resultado. Así, aquéllas que han provocado el resultado por casualidad o azar serían irrelevantes.

Para determinar cuando una conducta es adecuada esta teoría ha venido utilizando como concepto central la previsibilidad. Sólo sería causa la conducta que es previsible que pudiera producir el resultado para un hombre medio diligente situado en la posición del autor. Esta formulación, sin embargo, fue objeto de distintas polémicas en las que se debatió, por un lado, si esa previsibilidad debía ser objetiva o subjetiva, por otro, si debía valorarse desde una perspectiva ex ante o ex post y, por último, cuál es el grado de posibilidad que lleva a afirmar la previsibilidad.

a) La polémica sobre l**a objetividad o subjetividad del juicio de previsibilidad** se ha centrado en si la valoración a realizar debería tomar en cuenta única y exclusivamente los conocimientos concretos que el autor tenía en el momento de desarrollar la conducta –previsibilidad subjetiva-, que era la propuesta originaria de von Kries, o aquellos que deberían conocerse por pertenecer a la experiencia humana general –previsibilidad objetiva-. La primera solución, en la medida en que toma como exclusivo parámetro de control el conocimiento del sujeto, llevaba a una cierta confusión entre causalidad y culpabilidad, haciendo desaparecer la causalidad en todos los delitos imprudentes. Por el contrario, la segunda, no aportaba un avance significativo por reincidir prácticamente en la formula del conocimiento de las leyes de la naturaleza, manteniendo la causalidad en demasiados casos, y, sin embargo, negándola en otros en que el sujeto, por tener especiales conocimientos de la situación ajenos al común humano, conocía la adecuación de su conducta para producir el resultado.

La superación de estas críticas pareció encontrarse en una suerte de síntesis entre ambas, de modo que en el juicio de previsibilidad se incluyeran todas las cir-

cunstancias que en el momento de la acción fueran conocidas y conocibles por un hombre prudente –matiz objetivo-, así como todas las que por capacidades excepcionales o por cuestiones de azar fueran conocidas por el autor –matiz subjetivo-. En el supuesto ya mencionado de quien conoce que la victima sufre una hemofilia y le hace una pequeña herida por la que se desangra, mientras la teoría objetiva debía negar la causalidad, ya que para el hombre medio ideal dicha lesión no era previsible que pudiera causar la muerte, sin embargo, es afirmada por la teoría objetivo-subjetiva en tanto que ese conocimiento especial de la situación es el concretamente aprovechado para adaptar su conducta, objetivamente inadecuada, a la circunstancias concurrentes para alcanzar el resultado.

b) La polémica sobre **el carácter ex ante o ex post del juicio de previsibilidad** aparece referida a si la valoración ha de hacerse tomando como momento referencial cuando se desarrolla la conducta que ha de juzgarse o bien cuando se desarrolla su enjuiciamiento y se ha verificado como se han producido exactamente los acontecimientos. En el juicio ex ante, por tanto, se juzga en abstracto la previsibilidad de la conducta y en el juicio ex post la previsibilidad del modo en que concretamente se han desarrollado los acontecimientos. Así, por ejemplo, en el caso de quien dispara a la víctima, dejándola malherida, pero ésta fallece como consecuencia del accidente sufrido por la ambulancia que le llevaba al hospital, desde una perspectiva ex ante no cabría negar la causalidad de la conducta ya que el disparo era a priori perfectamente adecuado para producir la muerte. Sin embargo, desde una perspectiva ex post habría que negarla, en tanto que siendo previsible que pudiera causar la muerte por las heridas del disparo no lo era para ese inusual desenlace de que hubiera muerto por las lesiones producidas en el accidente de tráfico posterior.

c) Por último, todavía se ha desarrollado en la evolución de la teoría de la causalidad adecuada una polémica sobre **el grado de previsibilidad necesario** para afirmar la concurrencia de la relación de causalidad. En principio, no resulta posible determinar estadísticamente en que media una conducta aumenta las posibilidades de producción de un resultado. Incluso, pudiendo serlo, tampoco quedaría claro en que punto concreto habría que fijar la división entre la previsibilidad que sería penalmente relevante y la que no. El ejemplo clásico que suele citarse en estos casos es el formulado por Thyrén del sujeto inexperto en el manejo de armas que dispara contra otro, con intención de matarlo, desde una distancia que incluso a un tirador experimentado le hubiera sido muy difícil acertar, y a pesar de todo la bala alcanza a la victima y muere.

La cuestión del grado de previsibilidad es uno de los puntos más débiles y menos concretados de esta teoría. Así, se han defendido desde la teoría de la regla de la vida, formulada por von Bar, conforme a la cual un hombre es causa de un evento cuando entra dentro de lo normalmente calculable, hasta aquellas otras que viene a exigir un grado más o menos significativo, pasando por aquéllas que inclu-

yen en este juicio elementos ajenos como la reprochabilidad de la acción, conforme a la cual cuanto mas reprochable sea una conducta más probable es que genere un resultado. Ello es lo que llevaría a esta teoría, por ejemplo, a afirmar la causalidad en el llamado caso de Thyrén y negarla en el caso de quien, con la intención de que le alcance un rayo, manda a otro a campo abierto en plena tormenta.

La teoría de la causalidad adecuada supuso un absoluto cambio de paradigma dentro de las teorías de la causalidad. Ya no adopta una perspectiva de análisis ontológico –no le preocupa lo que empíricamente es causa del resultado- sino puramente normativa, al interesarse por establecer un criterio determinante de la relevancia jurídica de la conducta. De ahí que, actualmente, se la considere no como una más avanzada teoría de la causalidad sino como algo diferente a ella que, en la evolución posterior de la teoría jurídica del delito, dio lugar a una normativización de la relación de causalidad a través de la imputación objetiva. Sin embargo, para llegar a la doctrina de la imputación objetiva, todavía era necesario un precursor más, el representado por la segunda de las teorías generalizadoras: la teoría de la relevancia.

4.2.3.2. La teoría de la causalidad relevante.

La teoría de la relevancia se desarrolló en paralelo a las discusiones que se estaban produciendo dentro de la teoría de la causalidad adecuada, compartiendo con ella el ser una teoría generalizadora. Su formulación, aportada por Beling y Mezger en los años 30 del s. XX, destaca que entre todas las condiciones equivalente sólo es relevante jurídicamente aquélla que no sólo sea adecuada para la producción de un resultado, sino que, además, resulte conforme al sentido de cada tipo penal. Así, afirma Mezger, las acciones peligrosas que no lesionan el deber de diligencia deben se consideradas atípicas, como también aquellas que, incluso no habiéndose observado el deber de cuidado, se compruebe que el resultado se hubiera producido igualmente aunque la conducta hubiera sido diligente –las llamadas conductas alternativas conforme a derecho, sobre las que se volverá al tratar la imputación objetiva-.

Conforme a esta teoría, por ejemplo, habría que negar la causalidad por no existir el necesario nexo de responsabilidad en el supuesto de complejas operaciones quirúrgicas, realizadas conforme a la lex artis médica, aunque resulten fracasadas, en tanto que en el sentido de la norma prohibitiva del homicidio imprudente no cabe incluir las conductas objetivamente arriesgadas pero que tienen una finalidad de salvación.

Lectura: Sobre la formulación de la teoría de la relevancia.

Objeto formativo: Aprehender el razonamiento sobre la necesidad de una normativización del concepto de causalidad penal.

Texto:

"La teoría de la equivalencia tiene el mérito de haber destacado netamente el concepto de la causalidad y con ello el límite mínimo de la responsabilidad penal (…), pero frente a este mérito de la teoría de la equivalencia aparece el defecto de que mediante ella se equipara la conexión causal y la responsabilidad (…). Conforme a una doctrina muy difundida, es causa en Derecho penal no toda condición del resultado concreto, sino sólo aquella que generalmente es apropiada para producir tal resultado. Causa no es toda condición, sino sólo la condición adecuada al resultado (teoría de la adecuación). (…) La teoría de la adecuación tiene el merito de haber puesto de relieve que la simple conexión causal de las condiciones no afirma, sin más, la responsabilidad penal del agente. Pero ha dirigido su ataque a la teoría de la equivalencia en un punto falso, pues niega la conexión causal, cuando lo que procedía era haber negado su relevancia (importancia) jurídica. Con arreglo a la teoría correcta también es causa en Derecho Penal, por tanto causal en orden al resultado, toda condición que no puede ser suprimida in mente sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado concreto. Pero sólo una conexión casual adecuada fundamenta la responsabilidad penal. Pues aun en los casos en los que la acción es causal respecto al resultado, sólo podrá castigarse al agente por dicho resultado cuando la conexión casual es relevante es decir importante jurídicamente.

Edmund Mezger: *Tratado de Derecho Penal.*

4.3. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA:

4.3.1 Fundamento y elementos.

En la evolución de la discusión dogmática sobre la relación de causalidad entre conducta y resultado, y siguiendo el paradigma normativista adelantado por las teorías generalizadoras de la causalidad para determinar aquellas conductas con relevancia jurídico-penal, surge la doctrina de la imputación objetiva.

Esta doctrina, al día de hoy, en cuanto a este concreto ámbito de la relación conducta-resultado, se puede afirmar que está relativamente completa y consolidada. Existe una defensa mayoritaria de que la imputación objetiva supone una necesaria corrección normativa de las insuficiencias a las que abocaba la mera comprobación de la relación de causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de condiciones. En ese sentido, se ha sustituido la exigencia ontológica de la relación de causalidad entre conducta y resultado por la exigencia normativa de la imputación objetiva del resultado a la conducta. Ahora bien, la imputación objetiva, no prescinde de la relación de causalidad, sino que se superpone a ella.

Para afirmar la existencia de la imputación objetiva como elemento típico de los delitos de resultado es necesario, en primer lugar, comprobar que la conducta es condición de la que depende dicho resultado -causalidad material, que es un problema procesal de prueba-, pero, en segundo lugar, incidir en una posterior verificación de que, además, hay una relación normativa -imputación objetiva, que es un problema estrictamente de subsunción jurídica-. De ese modo, en principio, la imputación objetiva, como doctrina, se agota en la imputación de resultados y, lógicamente, los tipos a los que alcanza se limitan a los que exigen un resultado material -delitos de lesión- sean estos dolosos o imprudentes.

En todo caso, la imputación objetiva, al perfilar los elementos normativos de la imputación de resultados, necesariamente ha de interactuar con la exigencia de la conducta típica, produciendo también una normativización de este concepto. En efecto, si, como se verá después, para afirmar que un resultado puede quedar atribuido a una conducta es necesario que dicho resultado sea el reflejo del riesgo creado por la conducta; entonces, la imputación objetiva necesita, primero, poder imputar a la conducta un riesgo. Así, previamente a la imputación de resultados, debe valorarse que la conducta ha creado un riesgo típicamente relevante o jurídico-penalmente desaprobado. La imputación objetiva, por tanto, ya no cuenta con un sólo escalón -la imputación del resultado- sino también con un escalón previo –la imputación de la conducta-. Analicemos ambos.

Lectura: Sobre el fundamento de la exigencia de la imputación objetiva como elemento del tipo objetivo.

Objeto formativo: Aprehender el razonamiento sobre el surgimiento sistemático de la imputación objetiva.

Texto:

"La imputación objetiva es, pues y *positivamente,* un elemento normativo del tipo. Y, *negativamente*, un elemento del tipo que se distingue de todos los restantes en que, mientras que éstos son mencionados expresamente por la Ley, a la imputación objetiva la Ley no la aluda para nada (a pesar de lo cual y no obstante, es un elemento del tipo). Desarrollando esa característica negativa de la imputación objetiva, se puede determinar ya aquello que no es: no es la acción, ni la causalidad, ni el resultado típico, porque todos estos elementos viene expresamente descritos en las leyes penales (...). Y la imputación objetiva no es tampoco, en el tipo doloso, el dolo –ni, en su caso, los elementos subjetivos de lo injusto-, ni, en el tipo imprudente, la infracción del deber de cuidado, pues dolo e imprudencia son también presupuestos expresamente mencionados por la Ley. Naturalmente que la Ley no

dice cuál es el contenido de la tipicidad, y que es el pensamiento científico sistemático el que determina cuáles son los elementos que hay que incorporar a ésta: ahora bien, de esos elementos de la tipicidad, unos (como el dolo o la causalidad) el pensamiento sistemático los toma de la Ley misma que hace una referencia expresa a ellos, y otros (lo que llamamos la imputación objetiva) no los puede extraer de los textos legales, pues ahí no aparecen por ninguna parte: los deduce del sentido y fin de las prohibiciones (tipificaciones) penales, y de los principios que deben de informarlas)"

Enrique Gimbernat Ordeig: "¿Qué es la imputación objetiva?" en Estudios de Derecho Penal.

4.3.2. La imputación de la conducta: la creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante:

La imputación objetiva de un resultado, como se viene señalando, exige, como presupuesto, que procesalmente y a través de la actividad probatoria de cargo, normalmente pericial, quede acreditada una relación de causalidad entre la conducta enjuiciada y el resultado producido. No es posible que pueda afirmarse la existencia de imputación objetiva respecto de una conducta que no sea, en el sentido empírico y científico, causa del resultado. A partir de ello, sin embargo, es necesario que la conducta del sujeto cumpla con el requisito de que haya creado un riesgo jurídico-penalmente relevante.

La valoración de la creación de un riesgo, como primer escalón de la imputación objetiva, viene a compendiar dos exigencias que estaban ya presentes, de algún modo, en la teoría jurídica del delito antes de la construcción de la propia imputación objetiva. Por un lado, el criterio de la adecuación, que proviene de la teoría de la causalidad adecuada, y, por otro, el del riesgo permitido o adecuación social, que proviene de la teoría de la relevancia y de los delitos imprudentes. Conforme al primero, viene a exigirse la peligrosidad objetiva ex ante de la conducta. Conforme al segundo, que, además, en la ponderación de conflictos de intereses, esa peligrosidad supere la medida de lo tolerable.

4.3.2.1. La peligrosidad de la conducta.

La peligrosidad de una conducta, como ya se desarrolló ampliamente al tratar la teoría de la causalidad adecuada, se afirma a partir del criterio de posibilidad o de probabilidad del resultado o como previsibilidad objetiva. Aunque se ha criticado que la peligrosidad no puede valorarse conforme a criterios estadísticos, lo que sí resulta cierto es que este requisito lo único que pretende es resolver el problema de determinar la frontera entre la peligrosidad que por su

insignificancia es irrelevante desde un principio, y la peligrosidad suficiente para afirmar la adecuación de la conducta. En ese contexto, lo que ha venido a defenderse por un sector de la doctrina es que la ausencia de previsibilidad objetiva no sería una causa de exclusión de la tipicidad objetiva dolosa o, en su caso, se exigiría un mínimo grado de posibilidades, habida cuenta de la relevancia que tendría en este caso el grado de reprochabilidad de la conducta como criterio para valorar la previsibilidad. De ese modo, aunque las posibilidades de que con la conducta activa se condicione el resultado sean nulas o mínimas, no habría que excluir por ello la imputación objetiva. Eso es lo que sucede en el caso ya citado del tirador inexperto.

4.3.2.2. El riesgo no permitido.

Como ya se expuso al analizarse la teoría de la relevancia, no toda conducta peligrosa objetivamente ex ante recibe una valoración negativa por parte de la norma, sino sólo aquellas que ponderando intereses concurrentes se han considerado que no son tolerables o valiosas. Así, al requisito de la imputación objetiva de que la conducta cree un riesgo jurídico-penalmente relevante – en el sentido de adecuado- se le ha añadido el requisito de que esté desaprobado por la norma en el sentido de que la conducta supere el riesgo permitido.

Existen supuestos en que se discute la existencia o no de un riesgo permitido. Los dos principales son cuando hay disminución del riesgo y cuando el riesgo es socialmente adecuado por su utilidad social.

a) La disminución del riesgo: Un sujeto ve como un pesado objeto va a caer sobre la cabeza de una persona y con su acción logra desviar lo suficiente el objeto, pero no impedir que le de en el brazo fracturándoselo.

En este ejemplo el sujeto lleva a cabo una conducta que ha causado el resultado lesivo y, además, era objetivamente peligrosa, al ser previsible que con ella pudiera causar ese daño. Ahora bien, a esta conducta no puede imputársele objetivamente el resultado lesivo, ya que, al ser una conducta que aminora o disminuye el peligro existente para la víctima y, por tanto, que mejora en general el bien jurídico protegido –salva un bien jurídico de mayor importancia del que lesiona- no puede entenderse que sea una conducta que el ordenamiento penal tenga por intención prohibir. En definitiva su conducta ha creado un riesgo, pero no un riesgo desaprobado por el Derecho.

b) Riesgo socialmente adecuado: Hay multitud de conductas que per se son peligrosas pero que resultan útiles socialmente, como conducir vehículos o desarrollar determinados trabajos. Estas actividades, a pesar de suponer un riesgo, resultan socialmente adecuadas y, por tanto, los resultados lesivos que se produzcan en su marco pueden no resultar imputables objetivamente. El problema se presenta, sin

embargo, cuando hay que discriminar entre el riesgo socialmente adecuado –el inherente a la propia actividad- del socialmente inadecuado por traspasarse la frontera de lo que socialmente es permisible. Para ello, se viene a considerar que una conducta peligrosa supera el riesgo permitido cuando su peligrosidad se desenvuelve al margen del estándar de lo tolerable, por haber infringido el sujeto con su conducta un deber objetivo de cuidado. Esta comprobación implica la necesidad de comparación entre la conducta del sujeto y la diligencia debida, que normalmente está positivizada en normas extrapenales.

Así, por ejemplo, la peligrosidad inherente a las citadas actividades de conducir vehículos o desarrollar trabajos peligrosos se estima permitida en la medida en que se realice dentro de las exigencias del deber de cuidado, en el sentido de que se mantenga dentro de los parámetros de diligencia debida que aparecen fijados en la normativa de tráfico o en la de seguridad laboral. De ese modo, la causación de un accidente de tráfico o laboral producto de la peligrosidad intrínseca de la actividad, pero no de la infracción de la normativa de regulación de la actividad desarrollada implica que el riesgo pueda considerarse permitido. Por el contrario, la causación de un accidente de tráfico o laboral producto de la infracción de las normas administrativas o la lex artis que regula esa actividad implica que el riesgo deba considerarse no permitido. Y todo ello porque la norma penal tampoco puede tener como finalidad prohibir las actividades peligrosas que reportan una utilidad social cuando se desarrollan dentro del marco de regulación establecido normativamente para controlar dichos riesgos, sino sólo cuando desbordan ese marco.

4.3.3. La imputación del resultado: la realización del riesgo.

La imputación del resultado, una vez tomado como presupuesto que existe una relación causal entre la conducta y el resultado, y verificado que la conducta del sujeto ha creado un riesgo jurídico-penalmente relevante, tiene por objeto determinar si fue la peligrosidad de la conducta del sujeto la que se realizó en el resultado y no cualquier otra. Es lo que se denomina la relación de riesgo.

En torno a su discusión se ha dado solución o se discuten muy diversos grupos de casos, entre los que hay que destacar, los de la interrupción del nexo causal, las conductas alternativas conforme a derecho y la autopuesta en peligro.

4.3.3.1. La interrupción del nexo causal.

La muerte de la víctima se produce en el accidente de la ambulancia que le trasladaba al hospital tras haber sido herida por un disparo. Este ejemplo, ya manejado anteriormente, es uno de los supuestos clásicos en que no pudiéndose negar la peligrosidad objetiva para la vida de la conducta de disparar, sin

embargo debe negarse que se esté ante un delito de homicidio doloso consumado. En efecto, no ha sido la peligrosidad de la conducta de disparar la que se ha realizado en el resultado de muerte, sino, en su caso, la peligrosidad inherente a la conducción del vehículo. Ello supone que en los supuestos en que existan dos riesgos -en el ejemplo disparar y conducir- deben valorarse estos independientemente para comprobar cuál es el que se realizó en el resultado.

Estos supuestos hay que diferenciarlos claramente de aquellos otros en que existiendo un único factor de riesgo, sin embargo, se produce una desviación casual que acaba produciendo el resultado de una manera no directamente pretendida por el sujeto, en que no cabe negar la imputación del resultado. Un ejemplo: el sujeto dispara a la víctima, ésta es trasladada al hospital y allí muere días después porque la herida se ha infectado. En este caso, la realización en el resultado sólo cabe imputarse a la única conducta peligrosa concurrente –el disparo- que también había creado un aumento del riesgo respecto de la manera en que efectivamente se produjo la muerte.

4.3.3.2. La conducta alternativa conforme a derecho.

Uno de los supuestos más discutidos en este ámbito es el de las conductas alternativas conforme a derecho, que son aquellos en que, a pesar de que el sujeto se hubiera comportado acorde a derecho, sin embargo, no existe certeza sobre si se hubiera evitado el resultado. Un ejemplo clásico extraído de la jurisprudencia es el de los pelos de cabra, en que el dueño de una fabrica de pinceles adquiere pelos de cabra en China y, a pesar de estar obligado a su desinfección no lo hizo, muriendo varias trabajadoras por carbunco, si bien se demostró que ninguno de los desinfectantes que obligaba a usar la normativa excluía con seguridad el contagio.

La polémica se ha desarrollado en torno a la relevancia que desde la perspectiva de la relación de riesgo tiene valorar las consecuencias de una eventual conducta alternativa conforme a derecho. Diversas son las teorías formuladas para la resolución de este tipo de supuestos, entra las que caben destacar las teorías de la evitabilidad y del incremento del riesgo, en cuanto dotan de relevancia a la conducta correcta, y la del fin de protección de la norma, en cuanto niegan esa relevancia.

a) La **teoría de la evitabilidad,** que es la tradicional, sostiene que no existe relación de riesgo mientras no se pruebe con una probabilidad rayana en la certeza, que dicho resultado no se hubiera producido con la conducta correcta. El razonamiento que sostiene esta posición es que, en la medida en que el resultado se hubiera producido con independencia de la adecuación a derecho de la conducta, ello sería demostrativo de que el factor que se ha realizado en el resultado no era esa conducta.

Esta teoría utiliza para determinar cuál hubiera sido el resultado con el comportamiento alternativo conforme a derecho la conocida formula de la conditio *sine qua non*. De modo que, si suprimido mentalmente el comportamiento incorrecto y sustituido por el diligente, no desaparece el resultado, quedaría negada la relación de riesgo. De ahí se pasó a que, para verificar la realización del riesgo, hubiera que constatar con una probabilidad rayana en la certeza que la conducta alternativa hubiera evitado el resultado.

b) La **teoría del incremento del riesgo**, formulada por Claus Roxin en 1962, afirma que existe la relación de riesgo cuando la conducta ha creado un riesgo superior al permitido, en el sentido de que ha incrementado el que ya estaba presente en la situación. Esta comprobación se hace también de manera comparativa, enfrentando cuál ha sido el peligro efectivamente creado y el que se hubiera producido en ese caso si la conducta se hubiera mantenido dentro del riesgo permitido. Si con la conducta efectivamente realizada, las posibilidades de producción del resultado aumentan, hay realización del riesgo.

c) La **teoría del fin de protección de la norma** fue defendida por Gimbernat en 1966 para abordar estos supuestos, negando cualquier relevancia a la conducta alternativa. Frente a las anteriores teorías, que tenían en común dotar de relevancia el resultado a derivar de una eventual conducta alternativa, los partidarios de esta teoría sostienen que para afirmar la existencia de la relación de riesgo, con independencia de que en el caso concreto el comportamiento correcto no hubiera evitado el resultado o hubiera generado un riesgo igual, lo único decisivo es si el resultado es de aquellos cuya producción la norma de cuidado infringido tenía por misión evitar o reducir. De modo tal que si, por ejemplo, en el caso de los pelos de cabra, el fin de la norma que obligaba a la desinfección era evitar o disminuir el riesgo del contagio de enfermedades, el mero hecho de incumplirse esa normativa determina la existencia de la relación de riesgo.

4.3.3.3. La autopuesta en peligro:

Un joven convence a un amigo para que juntos realicen un salto al río desde una altura considerable. Éste, aún siendo consciente del riesgo evidente que entraña, salta y acaba muriendo al golpearse en la caída con unas piedras en la cabeza.

Un joven, tras salir embriagado de una fiesta, accede a subir en su vehículo a otro de los asistentes, que es consciente de la situación de embriaguez del conductor. Sufren un accidente provocado por la falta de control del vehículo por el joven y el acompañante fallece.

La nota común que tienen ambos supuestos es que si bien el sujeto activo ha contribuido en el primer caso, dolosamente, y en el segundo, imprudentemente, a la producción del resultado, la víctima, también en ambos casos, asumió el

peligro que ello representaba. El problema que plantean es, desde la perspectiva de la eventual imputación del resultado a la conducta del sujeto activo, si existe la necesaria relación de riesgo una vez que queda evidenciada la existencia de sendas conductas jurídico-penalmente relevantes: la primera, inducir a alguien a desarrollar una actividad de alto riesgo, y la segunda, conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Pues bien en este tipo de casos, si bien se ha defendido en ocasiones la atipicidad de la conducta a partir de la existencia de la voluntaria asunción del riesgo por parte de la víctima, sin embargo, más modernamente se viene considerando que son supuestos en que está ausente la relación de riesgo al ser resultados que quedan fuera del alcance del tipo penal por no estar cubiertos por el fin de protección de la norma. Esto es, no ser conductas que, precisamente por su carácter de autopuesta en peligro, tenga por finalidad prohibir la norma penal.

4.4. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA:

La imputación objetiva, como se ha señalado más arriba, nació en el marco de la resolución de un problema muy concreto: determinar la relación entre una conducta y un resultado. De ese modo, era una doctrina que debía haber quedado confinada en los delitos de resultado –fueran activos o comisivo-omisivos, dolosos o imprudentes-. Sin embargo, como también se ha expuesto, al ser una doctrina puramente normativa sobre la cualidad de una conducta para producir un resultado, produjo también una normativización del concepto de conducta, exigiendo como requisito esencial que la conducta hubiera creado un riesgo típicamente relevante o jurídico-penalmente desaprobado –la imputación de conductas-.

Pues bien, mientras el papel jugado por la imputación de resultados era permitir diferenciar la responsabilidad por el tipo consumado del intentado -para la consumación sí era exigible esa realización en el resultado ya que forma parte de su ilícito, lo que está ausente de la tentativa-; el primer escalón de la imputación de conductas lo que permitía era discriminar entre la relevancia o irrelevancia penal de una conducta. A partir de ello, la imputación de conductas, como era lógico, tuvo un efecto expansivo sobre la totalidad de los tipos penales, hasta el límite de que en la actualidad el requisito de la creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante, con sus características esenciales de peligrosidad y relevancia, se está intentando hacer extensivo a los delitos de mera actividad y se discute su aptitud en relación con los tipos de autoría, amenazando en convertirse en una teoría total del tipo de injusto.

Lectura: Sobre las razones para el carácter expansivo de la doctrina de la imputación objetiva.

Objeto formativo: Aprehender las razones sobre la aplicabilidad de la doctrina de la imputación objetiva a tipos penales que no sean de lesión.

Texto:

"Respecto al tipo de delitos a los que la teoría de la imputación objetiva es aplicable, ésta se configuró originariamente pensando en los delitos comisivos de resultado. Sin embargo, actualmente se propone la extensión de su ámbito de aplicación también a los delitos de actividad y a los omisivos. Incluso se propugna su ampliación a la teoría de la codelincuencia, de la tentativa, etcétera, por considerar que "la imputación objetiva es una exigencia general interna al sistema. Es la manifestación de un principio metódico superior, que se disemina por todos y cada uno de los campos del sistema penal". En principio, no existe ningún obstáculo para intenta aplicar los principios básicos diseñados por la doctrina de la imputación objetiva a los delitos de actividad o a los delitos omisivos, siempre, claro está, que se adapten a las peculiaridades de estas forma de aparición del delito. Ahora bien, en esta tendencia se observa el peligro de confundir método o forma de proceder con objeto de la teoría de la imputación objetiva. Esta se caracteriza por la utilización de de un método normativo-teleológico en la averiguación de si un resultado es o no objetivamente imputable, pero evidentemente este método no es exclusivo de la relación acción-resultado, sino que es aplicable en el análisis de cualquier institución, lo que no quiere decir que cualquier institución definida normativo-teleológicamente tenga que ser objeto de la doctrina de la imputación objetiva".

Margarita Martínez Escamilla: *La imputación objetiva del resultado.*

4.5. HOMICIDO PRETERINTENCIONAL Y DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO.

El CP dominicano sanciona en el art. 309 el denominado homicidio preterintencional, al disponer que "si las heridas o los golpes inferidos voluntariamente han ocasionado la muerte del agraviado, la pena será reclusión, aun cuando la intención del agresor no haya sido causar la muerte de aquel". Desde el punto de vista subjetivo es evidente que, por exigencias del principio de legalidad, si se producen golpes dolosos pero sin la intención de matar y la víctima fallece resulta de aplicación este tipo penal. Ahora bien, la cuestión es si, en el plano de la tipicidad objetiva y, más concretamente, a partir de la doctrina de la relación de la causalidad y de la imputación objetiva, resulta posible limitar su ámbito de aplicación. En ese sentido, cabe señalar, conforme se ha desarrollado anteriormente, que para que el homicidio preterintencional pueda sancionarse la muerte producida debe poder ser imputada objetivamente a los golpes dolosos, en el doble sentido de que con los golpes se cree un riesgo jurídicamente relevante para la vida -esto es, pueda ser previsible el resultado- y de que la muerte sea la concreción del riesgo generado por los golpes. Así, pues habría que negar el homicidio preterintencional en los casos, por ejemplo, de que la víctima fallezca en un

accidente sufrido por la ambulancia que le traslada al hospital, tras recibir los golpes o de que el fallecimiento sobrevenga por la infección generada por la utilización de un bisturí deficientemente esterilizado.

Del mismo modo el CP dominicano tipifica **diversos delitos cualificados** por el resultado como son la castración con resultado de muerte (art. 316), abandono de niños con resultado de lesiones o muerte (art. 351) o el incendio con resultado de muerte (art. 434). Estos delitos se caracterizan porque a partir de la existencia de una acción base –castrar, abandonar un niño o incendiar- se produce una cualificación –muerte-[2]. Pues bien, como también se digo respecto del homicidio preterintencional, desde un plano objetivo, para su tipicidad no basta la suma de la acción base y la cualificación, sino que resultará necesario que con la conducta se cree una situación de riesgo relevante para el bien jurídico y que el resultado sea la realización de dicho riesgo y no de otros factores. Así pues, por ejemplo, si la víctima del incendio no fallece por inhalación de humo o las graves quemaduras sufridas, sino por un fallo cardiaco producido por la impresión de ver perder sus posesiones, no resultaría aplicable el art. 434 CP.

2 A partir de esta definición no puede considerarse que el art. 304 CP represente una cláusula general de cualificación por el resultado en caso de muerte, ya que, expresamente, en dicho precepto se utiliza el concepto normativo de homicidio y no el descriptivo de muerte. Con ello se evidencia que la finalidad de esta norma es que se aplique sólo a aquellas conductas que ya a priori cumplan todos los requisitos objetivos y subjetivos para ser consideradas homicidio, incluyendo, por tanto, la relación de causalidad y la imputación objetiva.

BIBLIOGRAFÍA

- CANCIO MELIÁ, M.: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal* (Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas), Edt. J.M. Bosch, Barcelona, 1998.
- CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente (Criterios de imputación del resultado)*, Edt. PPU, Barcelona, 1989.
- CÓRDOBA RODA, J: *Una nueva concepción del delito*, Edt. Bosch, Barcelona, 1963.
- FRISCH, W.: *Tipo penal e imputación objetiva*, Edt. Colex, Madrid, 1995.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho Penal, 3ª edc.*, Edt. Tecnos, Madrid. 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Edt. CEURA, Madrid, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Edt. Tecnos, Madrid, 1999.
- HASSEMER, W.: *Fundamentos de Derecho Penal,* Edt. Bosch, Barcelona, 1984.
- JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación,* Edt. Marcial Pons, Madrid, 1995.
- JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho penal*, Edt. Civitas, Madrid, 1996.
- JAÉN VALLEJO, M.: *El concepto de acción en la dogmática penal*, Edt. Colex, Madrid, 1994.
- JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Edt. Comares, Granada, 2002.
- LAURENZO COPELLO, P.: *El resultado en Derecho Penal*, Edt. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Edt. Universitas, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado,* Edt. Edersa, Madrid, 1992.
- MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, Edt. Ariel, Barcelona. 1962.
- MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Edt. Civitas, Madrid, 2001.
- MENDOZA BUERGO, B.: *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Edt. Comares, Granada, 2001.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General. 7ª edc.*, Edt. Reppertor, Barcelona, 2004.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Edt. J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Edt. Temis, Bogotá, 1994.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Edt. UCM, Madrid, 1994.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General,* Edt. Civitas, Madrid, 1978.
- ROXIN, C.: *Problemas básicos del Derecho penal*, Edt. Reus, Madrid, 1976.
- ROXIN, C.: *Política criminal y estructura del delito: elementos del delito en base a la política criminal,* Edt. PPU, Barcelona, 1992.
- ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Edt. Civitas, Madrid, 1997.
- STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Edt. Edersa, Madrid, 1982.
- STRUENSEE, E.: *Actuar y omitir (Delitos de comisión y de omisión)*, Edt. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del Sistema Penal,* Edt. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- WELZEL, H.: *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Montevideo, 2001.

TEMA 3

EL TIPO SUBJETIVO. DOLO, IMPRUDENCIA Y ERROR DE TIPO

Rafael Alcácer Guirao
Letrado del Tribunal Constitucional
España

1. INTRODUCCIÓN. LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

2. EL DOLO
- 2.1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN SISTEMÁTICA
- 2.2. LAS DIFERENTES MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y SU NECESIDAD DE DISTINCIÓN: EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA

2.3. CLASES DE DOLO. LÍMITES CON LA IMPRUDENCIA
- 2.3.1. Introducción
- 2.3.2. Dolo intencional
- 2.3.3. Dolo directo
- 2.3.4. Dolo eventual
- 2.3.4.1. La teoría del consentimiento
- 2.3.4.2. La teoría de la representación
- 2.3.4.3. La teoría de la asunción. Concreciones sobre la delimitación entre dolo e imprudencia

3. LA IMPRUDENCIA
- 3.1. INTRODUCCIÓN. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA IMPRUDENCIA
- 3.1.1. Consideraciones generales.
- 3.1.2. La regulación de la imprudencia en el Código Penal

3.2. CONCEPTO Y CLASES.
- 3.2.1. Introducción. Delimitación con el dolo. Imprudencia consciente e inconsciente
- 3.2.2. Concepto de imprudencia. La infracción del deber de cuidado como elemento nuclear del tipo imprudente
- 3.2.2.1. La previsibilidad objetiva como primer aspecto del deber de cuidado: el deber de advertir el peligro
- 3.2.2.2. El deber de cuidado externo: el contenido del deber de cuidado

3.3. LA GRAVEDAD DE LA IMPRUDENCIA. CRITERIOS DE MODULACIÓN

4.4. LA PRETERINTENCIONALIDAD. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL
4. EL ERROR DE TIPO
4.1. CONCEPTO
4.2. ERROR EVITABLE E INEVITABLE
4.3. ERROR SOBRE ELEMENTOS DESCRIPTIVOS Y SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS
4.4. EL ERROR SOBRE LA DIRECCIÓN DEL CURSO CAUSAL
- 4.4.1. Error in objecto - in persona
- 4.4.2. Error sobre la dirección del curso causal
- 4.4.3. Aberratio ictus
- 4.4.4. Desviaciones causales derivadas del momento de la consumación: "consumación anticipada" y "dolus generalis"

TEMA 3

EL TIPO SUBJETIVO. DOLO, IMPRUDENCIA Y ERROR DE TIPO

1. INTRODUCCIÓN. LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

El delito no se compone únicamente de elementos de naturaleza objetiva –tales como la existencia de un comportamiento humano externo o, en los delitos de resultado, la relación de causalidad y un nexo de imputación objetiva-, sino que para que podamos atribuir carácter delictivo a una acción u omisión es preciso que concurran también determinados elementos de naturaleza subjetiva, que aparecen a lo largo de los diferentes escalones del sistema del delito.

Partiendo del concepto dogmático de delito como acción típica, antijurídica y culpable, ya la misma existencia de un comportamiento humano (acción), presupone que los movimientos corporales han sido realizados voluntariamente. De igual modo,

para poder estar ante una conducta contraria a las normas penales (acción típica), ésta deberá haber sido realizada con dolo o, al menos, de modo imprudente. Por último, para poder hacer responsable al agente de dicha acción, es preciso que haya actuado culpablemente (con capacidad de motivación y conociendo la antijuridicidad del hecho). La relación entre los citados elementos subjetivos de los tres estratos del delito opera a modo de círculos concéntricos, en el sentido de que la afirmación del dolo presupone la de una acción voluntariamente realizada y, a su vez, la culpabilidad sólo cabe plantearse una vez afirmado un previo conocimiento (o conocimiento potencial) de los efectos de la acción.

La exigencia de tales elementos en el delito responde al presupuesto básico de la responsabilidad subjetiva, emanado del principio de culpabilidad. Según dicho principio, plasmado en el adagio latino nullum crimen, poena sine culpa, no resulta legítimo hacer responsable de un delito a una persona e imponerle una pena si no lo ha realizado con culpabilidad (entendida en sentido amplio). Así, no puede atribuirse un movimiento corporal a un "agente" si no ha sido fruto de su decisión voluntaria; de igual modo, no puede atribuirse un hecho lesivo a una persona si no ha sido realizado con la voluntad de producirlo (dolo), o al menos con el conocimiento de que podía tener lugar (imprudencia); por último, sólo si el agente tenía la capacidad de evitar su realización y de conocer su trascendencia resulta justo imponerle una pena (culpabilidad).

Así, lo que podemos llamar el "principio de dolo o imprudencia" conlleva la exigencia de una conexión subjetiva entre el autor y su hecho, de forma que la imposición de una pena requerirá siempre, además de la causación de un resultado lesivo para un bien jurídico, la imputación subjetiva de ese hecho a su autor. De este modo, resulta contrario a este "derecho penal de la culpabilidad" el antiguo principio de responsabilidad objetiva, quedando extramuros del castigo penal los supuestos de causación fortuita del resultado o la posibilidad de agravar la pena por un resultado más grave, si éste no puede atribuirse al dolo o imprudencia del autor.

Además de por razones garantísticas, son también criterios de índole funcional los que justifican la vigencia de un principio de culpabilidad y, con ello, de exigir dolo o imprudencia como condición del castigo. En concreto, se ha afirmado que sólo frente a quien conoce que su acción puede dar lugar a un resultado lesivo podrá la norma penal ejercer su función de motivación.

Lectura: *Presupuestos político-criminales del principio de culpabilidad*

Objetivo formativo: *Destacar las implicaciones ideológicas de la garantía de culpabilidad*

Texto:

"Los fundamentos externos de la garantía de la culpabilidad. Los fundamentos políticos o externos del principio de culpabilidad, en cuya virtud queda sin justificación la responsabilidad objetiva son, en mi opinión, esencialmente cuatro. Ante todo, la reprobabilidad de la acción, que…es una condición necesaria aunque no suficiente para justificar su prohibición. Una acción no culpable no es punible ni susceptible de prohibición porque no admite reprobación, referida, como es obvio, no directamente al hecho objetivo sino a su autor, o, más exactamente, al "sentido subjetivo" o "intencional" que éste da a su "actuar social" y que, precisamente, se integra en la culpabilidad.

El segundo fundamento está constituido por la función utilitarista de prevención general propia del derecho penal. Sólo los comportamientos culpables pueden ser objeto de prevención mediante la pena, dado que sólo respecto a ellos puede la conminación penal desplegar una función intimidante. Los hechos no culpables, por no imputables a la conciencia o a la voluntad del agente o, incluso más, ni siquiera a la acción directa de quien es llamado a responder por ellos, no pueden prevenirse penalmente: son inexigibles y, respecto de ellos, la pena es superflua.

El tercer fundamento, también utilitarista, es el que nos propone Herbert. L.A. Hart: el principio de culpabilidad garantiza la posibilidad "de prever y de planificar el rumbo futuro de nuestra vida partiendo de la estructura coactiva del Derecho", asegurándonos de que "incluso cuando las cosas van mal, como ocurre cuando se cometen errores o se producen accidentes, una persona que haya puesto lo mejor de su parte para respetar el Derecho, no será castigada". Cierto, dice Hart, que un sistema penal que incluya esta forma de responsabilidad "asume un riesgo" que no corren los sistemas antiliberales, en los que se describen los delitos mediante el condicionamiento psicológico a la obediencia o bien se somete a los reos a penas o tratamientos con independencia de la voluntariedad de sus transgresiones. Pero este riesgo es "el precio que debemos pagar por el reconocimiento general de que el destino del hombre debe depender de sus decisiones, lo que favorecerá la virtud social del autocontrol".

Hay, por último, un cuarto fundamento del principio de culpabilidad, que se olvida a menudo pero que quizá sea el más importante de todos. Las acciones culpables son las únicas que pueden ser no sólo objeto de reprobación, de previsión y de prevención; son también las únicas que pueden ser lógica y sensatamente prohibidas. En efecto, las prohibiciones penales son normas "regulativas", en el sentido de que necesariamente presuponen la posibilidad de ser observadas o violadas por parte de sus destinatarios, a cuyo conocimiento y voluntad se dirigen, con la función pragmática de orientarlos y condicionarlos; y serían insensatas, además de inútiles, si tal posibilidad no existiese".

FERRAJOLI, L., Derecho y Razón, Madrid, 1995, 1ª ed., pp. 491-492.

A continuación estudiaremos las dos formas de responsabilidad subjetiva con que pueden realizarse los delitos: el dolo y la imprudencia, analizando sus límites, sus distintas modalidades, así como otros aspectos del ámbito subjetivo del injusto penal.

2. EL DOLO

2.1 CONCEPTO Y EVOLUCIÓN SISTEMÁTICA

En una primera aproximación, el dolo puede definirse como el conocimiento y voluntad de realización de los elementos del hecho típico. Ahora bien, dicha definición responde a la noción de dolo neutro que mayoritariamente viene siendo manejada por la teoría del delito en la actualidad, tras la aparición de la corriente dogmática del finalismo (abanderada en su origen por Hans Welzel) y el abandono de una sistemática clásica de corte causalista. Así, desde el actual sistema del delito, el dolo –y la imprudencia- pasa a formar parte de la tipicidad y deja de entenderse como un dolus malus, que formaba parte de la categoría de la culpabilidad y en el que quedaba también incluido el conocimiento de la antijuridicidad.

De este modo, los aspectos subjetivos del ilícito penal pasan a dividirse en las dos categorías básicas del delito –tipicidad y culpabilidad-, del siguiente modo:

a) en la tipicidad: dolo / imprudencia (conocimiento real o potencial de los elementos objetivos del delito)

b) en la culpabilidad: conocimiento de la prohibición de la conducta. En cualquier caso, la citada definición – caracterizada por las notas de la voluntad y el conocimiento - no es quizá representativa de la institución del dolo en su globalidad, pues, según qué concepción del mismo se sostenga, al menos en la modalidad de dolo eventual el elemento de la voluntad de realización apenas jugará papel alguno; expresado en otros términos: que será posible afirmar la existencia de dolo sin que concurra dicha voluntad. Ello lo veremos más detenidamente a continuación. Por el momento, baste con poner de manifiesto que, partiendo de esa dualidad de elementos –conocimiento y voluntad-, se han venido configurando dos grandes concepciones generales de dolo.

La primera (llamada teoría de la voluntad) pone el acento en la voluntad como elemento central del dolo, y asume, por tanto que, sin voluntad no hay dolo, por lo que también el dolo eventual precisa de una voluntad dirigida al resultado.

57 Cfr: MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General. 7ª edición, p. 262.

La segunda (teoría de la representación) sitúa al conocimiento como elemento central, e incluso único, del dolo, en la consideración de que la voluntad de realización del resultado no concurre en el dolo eventual, pero ni siquiera se da en el dolo directo de segundo grado. Además, por los partidarios de esta concepción del dolo se sostiene que la voluntad no añade nada al dolo, pues la misma está ya incluida en la noción de acción, y que lo penalmente relevante no ha de ser la intención, sino el conocimiento del riesgo para el bien jurídico.

Ambas concepciones se presentan como planteamientos generales sobre el dolo, los cuales se verán después reflejados a la hora de establecer los criterios para delimitar el dolo eventual de la imprudencia.

2.2 LAS DIFERENTES MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y SU NECESIDAD DE DISTINCIÓN: EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA

Prácticamente todos los sistemas penales establecen una diferenciación básica entre las formas de responsabilidad subjetiva del hecho, distinguiendo los casos en los que el delito es la obra consciente y asumida por el autor (dolo) de aquellos otros en los que la producción del resultado contrario al ordenamiento jurídico se ha debido a una actuación negligente o descuidada, pero que no formaba parte del plan del autor (imprudencia).

La necesidad de establecer esa distinción se debe a la diferente gravedad que jurídico-penalmente conllevan ambas modalidades de actuación y, en consecuencia, a la diferente consecuencia jurídica que los Códigos Penales suelen asignarles. Después pondremos de manifiesto que los límites entre ambas formas de actuación, determinados por la frontera que separa el dolo eventual de la imprudencia consciente, pueden ser en ocasiones muy difíciles de trazar. Antes de ello, es importante abundar en las razones en las que se fundamenta esa diferente gravedad entre el dolo y la imprudencia. Para ello resultará útil la siguiente lectura.

Lectura: *Sobre la diferente gravedad del dolo y la imprudencia.*

Objetivo formativo: *Aprehender la relevancia valorativa y práctica de la distinción entre dolo e imprudencia, a partir de la justificación de su diferente gravedad.*

Texto:

"Una comprensión adecuada del dolo como elemento de la infracción penal exige justificar el porqué de su pena agravada con respecto a la imprudencia. La respuesta que se aporte a tal cuestión tiene una gran importancia para, más adelante, efectuar

consideraciones acerca de qué concretos hechos deben ser considerados dolosos y cuáles meramente imprudentes.

Resulta indiscutible que cuando la sociedad se encuentra ante la producción de resultados valorados de modo general como desagradables no juzga de igual manera a quien los ha provocado con plena consciencia y voluntad, que a aquél que los ha causado como fruto de su "inconsciencia". No cabe duda de que en el segundo de estos casos resultará más sencillo afirmar que quien padezca las consecuencias del comportamiento descuidado habrá sido víctima de un cierto grado de mala suerte, un infortunio que, con frecuencia, se hará también extensivo al propio causante del mal. Sin embargo, la mala suerte en cuestión tendrá cabida alguna en el primer supuesto: el resultado lesivo se atribuirá de un modo mucho más pleno a su autor, le pertenecerá más en tanto que obra a él imputable.

Así, por ejemplo, cuando un resultado, como la muerte de una persona, es la consecuencia de una actuación ejecutada consciente e intencionadamente, su causación se atribuye esencialmente a quien ha llevado a cabo tal comportamiento: él es su pleno responsable. En cambio, si dicha muerte se produce a consecuencia de una actuación negligente, sólo se considera parcialmente la obra de su causante, pues, desde una perspectiva social, se entiende que en el caso concreto ha entrado en juego un mayor o menor grado de infortunio que permite juzgar de un modo más condescendiente al sujeto, haciéndole solo parcialmente responsable de las desagradables consecuencias de su acto. Basta con pensar en que, por regla general, toda víctima está dispuesta a perdonar más fácilmente a quien le ha causado un perjuicio por descuido que a quien lo ha hecho consciente e intencionadamente.

Es posible que de un sentimiento social como éste parta el Código Penal al establecer para los hechos cometidos de modo consciente e intencionado (doloso) sanciones más graves que para los llevados a cabo de manera negligente (imprudente). En este sentido, puede entenderse que, al fin y al cabo, la ley penal no hace en este ámbito otra cosa que asignar distintas consecuencias jurídicas a los sujetos en función de convicciones socialmente arraigadas: el autor doloso merece más pena que el imprudente porque es más responsable del hecho delictivo. De la misma manera, no puede descartarse que, en relación con las causaciones negligentes de resultados, la colectividad se vea más identificada con el autor: cualquier persona, sin la más mínima intención de apartarse del derecho, puede incurrir algún día en un descuido, lo que permite no juzgar tan severamente la conducta de quien efectivamente lo ha sufrido. Además, en estos casos, el causante del resultado se encuentra expuesto a ser, a la vez, víctima de sus propios actos, en la medida en que la causación de consecuencias que no ha querido, o ni siquiera ha previsto, puede resultar desagradable incluso para él mismo. Por el contrario, quien actúa intencionalmente no obtiene sino el premio a sus obras; si una vez conseguido le desagrada lo que ha hecho o se arrepiente de ello, el sentimiento

colectivo está mucho menos dispuesto a apiadarse de él: de algún modo, cuando el sujeto quiso realizar el hecho lo tuvo que querer necesariamente con sus consecuencias y, en tal medida, la aplicación del castigo no es otra cosa que proporcionar al autor uno de los desenlaces previsibles de su actuación".

RAGUES I VALLES, El dolo y su prueba en el proceso penal, Ed. J.M. Bosch, 1999, pp. 33-35.

2.3 CLASES DE DOLO. LÍMITES CON LA IMPRUDENCIA

2.3.1 Introducción

Tradicionalmente, el dolo ha venido recibiendo una clasificación tripartita, dividida en las siguientes modalidades:

a) dolo intencional (o directo de primer grado)

b) dolo directo (de segundo grado o de consecuencias necesarias)

c) dolo eventual.

El citado orden suele ser asumido, en ocasiones, como un orden jerárquico basado en la gravedad de la conducta realizada; así, un homicidio, por ejemplo, realizado con dolo intencional será más grave que un homicidio realizado con dolo eventual.

En este sentido, no son pocos los penalistas que han considerado que tal diferente gravedad debería quedar reflejada en la legislación penal, asignando a las modalidades de dolo intencional una penalidad más grave que la del dolo eventual, siquiera sea por la similitud de esta última modalidad con la realización imprudente del delito, y las consiguientes dificultades de delimitación entre ambas que con frecuencia se presentan.

No obstante, el CP dominicano (al igual que, por ejemplo, el CP español) establece la misma pena para la realización dolosa del delito, sea cual sea su modalidad, con lo que, ciertamente, la delimitación entre las distintas modalidades pierde parte de su trascendencia. De cualquier modo, no cabe negar esa diferente gravedad entre las distintas modalidades de dolo, por lo que su diferenciación puede ser una herramienta útil para el aplicador del derecho a la hora de modular la pena a imponer dentro del marco legal de penalidad establecido por el legislador.

2.3.2 Dolo intencional

En el dolo intencional el autor persigue la realización del delito. Ello no implica, en todo caso, que dicha realización sea el motivo último de su actuación; es, así, preciso distinguir motivación e intención: la intención, la finalidad de la acción, es lesionar el bien jurídico (dolo), si bien ello puede tener otros fines como motivación. El delito puede querer realizarse como un medio para otros fines – que pueden ser, a su vez, penalmente relevantes-, pero ello no implica la inexistencia de un dolo intencional, si el delito era el fin pretendido por el autor con su acción.

Ejemplo: A entra en casa de B y lo mata con la finalidad de apoderarse de sus bienes.

Existiría un dolo intencional de matar, porque el sujeto realizó la acción de disparar con el fin de matar a B, aun cuando la finalidad última sea la del robo.

2.3.3. Dolo directo

Concurre un dolo directo, también llamado de consecuencias necesarias, cuando la acción realizada no va dirigida a la realización del hecho típico, pero tiene la práctica seguridad de que si la realiza se producirá el resultado. Como puede apreciarse, en esta modalidad la intención ya no es el elemento determinante para la afirmación del dolo, pasando a serlo el conocimiento seguro –o casi seguro- de las consecuencias del actuar.

Ejemplos:

1.El propietario de un barco c oloca un explosivo para hacerlo estallar cuando el barco se halle en alta mar con la finalidad de cobrar el seguro en caso de hundimiento. Como consecuencia de la explosión, además del efectivo hundimiento fallece la tripulación del barco.

2.El terrorista pone una bomba en el coche del político a quien quiere dar muerte, sabiendo que el vehículo es conducido por un chofer.

Respecto de la muerte de la tripulación, así como respecto de la muerte del chofer, no concurriría un dolo intencional, porque esa no es la finalidad que guía su acción, sino un dolo de consecuencias necesarias, porque la muerte es representada por el agente como inevitable.

En lo tocante a su gravedad, apenas cabría trazar diferencias con el dolo intencional: en un derecho penal del hecho, que fundamente la antijuridicidad en la peligrosidad de la acción para el bien jurídico y no en la actitud interna del agente, tan grave es actuar con la intención de producir un resultado lesivo como actuar con la certeza de que se va a producir el resultado.

Por lo demás, la distinción entre el dolo intencional y el dolo directo resulta a veces artificiosa, no solo a efectos prácticos, sino incluso analíticos. Ello porque, como se ha afirmado, "el que mata, y sabe que mata, entonces quiere matar" (Hruschka). Es decir, el que actúa a sabiendas de que producirá un resultado, "quiere" ese resultado, porque en caso contrario no actuaría.

2.3.4 Dolo eventual

El dolo eventual es la modalidad más relevante del dolo a efectos prácticos, porque determina el límite con la imprudencia, que conllevará una pena inferior. Dicha delimitación presenta por lo demás no poca complejidad, existiendo diversas posturas doctrinales. Por ello, es preferible comenzar con una definición de mínimos, en la que todos los sectores coincidirían, para ir concretándola a continuación.

El dolo eventual se caracteriza porque al autor se le presenta la posibilidad –la eventualidad- de que el resultado se produzca, y aun así actúa.

Con esta definición pueden trazarse claramente las diferencias con el dolo directo, que radican en una mera cuestión de grado de conocimientos: mientras en el dolo directo el autor se representa la producción del resultado con práctica seguridad (con su actuar el resultado se producirá necesariamente), en el dolo eventual se representa la producción del resultado como posible, o probable, sin alcanzar el grado se práctica seguridad que define a la modalidad anterior.

No obstante, tal definición de mínimos no es apta para delimitar el dolo eventual de la imprudencia consciente, pues ésta se caracteriza igualmente por actuar con la representación de un resultado posible.

Para ello se han venido desarrollando diversas teorías de delimitación, las cuales, aun manteniendo diferencias entre sí, pueden adscribirse a una de las dos grandes concepciones siguientes -que se corresponden con las dos grandes teorías sobre el dolo mencionadas en páginas anteriores-: la teoría del *consentimiento* y la teoría de la *representación.*

2.3.4.1 La teoría del consentimiento

La teoría del consentimiento, o de la aprobación, asume que la distinción con la imprudencia consciente radica en que en el dolo eventual el agente ha de consentir en la probabilidad de producción del resultado. Para comprobar dicho consentimiento, suele utilizarse una fórmula hipotética (llamada Fórmula de Frank), según la cual estaríamos ante un dolo eventual cuando, anticipando mentalmente la efectiva producción del resultado y contemplando el mismo como seguro, el autor habría realizado igualmente la acción. Estaremos, en cambio, ante una imprudencia consciente si, en cambio, el autor dejaría de actuar si supiese con seguridad que el resultado lesivo iba a producirse.

Las críticas que se han venido formulando a esta teoría son las siguientes:

a) Por esta concepción se castiga la actitud interna del agente, en cuanto ese "consentir" va más allá que un mero querer, lo que no es propio de un derecho penal del hecho que limite su espacio de actuación a las conductas peligrosas para los bienes jurídicos.

b) La fórmula hipotética es inaplicable, pues enfrenta al autor con un hecho que no ha ocurrido, por lo que obliga al aplicador del derecho a servirse de ficciones.

c) En cuanto a sus consecuencias prácticas, esta teoría lleva a entender como casos de dolo eventual supuestos de escaso peligro objetivo, si el autor no se opone internamente al resultado, y a considerar casos de imprudencia, mucho menos graves por tanto, supuestos con un elevado riesgo para el bien jurídico si el agente no desea la producción del resultado. Así, todos los casos en los que la producción del resultado sea incompatible con la finalidad del autor al realizar su acción habrían de ser considerados como dolo eventual a pesar de lo peligrosas que puedan resultar y de lo probable que aparezca el resultado, porque el agente nunca consentiría el resultado.

Ejemplos:

1. *Caso de los mendigos rusos:* unos mendigos utilizan a menores para la mendicidad, a los que mutilan para inspirar más compasión. A pesar de haber muerto algunos niños como consecuencia de las mutilaciones, los mendigos continúan con tales prácticas, muriendo otro niño.

2. *Caso de la apuesta:* En el curso de una fiesta, una persona, después de haber ingerido alcohol y no siendo buen tirador, apuesta con otro una gran suma de dinero a que acertará de un disparo a la botella que éste sujeta en la mano. Dispara y mata al que sujetaba la botella.

En ambos casos, la conducta es objetivamente muy peligrosa, y los respectivos autores se representan el elevado riesgo de producción del resultado lesivo; sin embargo, la teoría del consentimiento habría de negar un dolo eventual y conformarse con la pena del homicidio imprudente porque en ninguno de ambos casos los autores habrían consentido en el resultado.

2.3.4.2 La teoría de la representación

La teoría de la representación, o de la probabilidad, por su parte, se desentiende de todo componente volitivo y se conforma para afirmar un dolo eventual con que el agente se represente como posible o probable la producción del resultado. Es decir,

lo fundamental es el conocimiento del peligro de la acción: ante un peligro elevado estaremos en el ámbito del dolo eventual; si, en cambio, el peligro representado es menor y la producción del resultado típico ser presenta como poco probable, estaremos ante una imprudencia inconsciente. Dentro de esta concepción, coexisten líneas doctrinales que exigen la elevada probabilidad del resultado con otras para las que basta la representación de la mera posibilidad.

Las críticas a esta concepción son, en esencia, las siguientes:

a) Se afirma en primer lugar que si se excluye todo componente volitivo de la noción de dolo ya no será posible establecer una diferencia cualitativa con la imprudencia que justifique la diferente penalidad, puesto que lo caracteriza a la imprudencia consciente es precisamente ese conocimiento de la situación peligrosa.

b) En cuanto a su aplicación práctica, resulta inaplicable una delimitación entre dolo e imprudencia basada en la mayor o menor probabilidad, pues resulta imposible de establecer de antemano un porcentaje numérico para trazar esa frontera.

2.3.4.3 La teoría de la asunción. Concreciones sobre la delimitación entre dolo e imprudencia

El criterio más adecuado pasa por plantear una especie de síntesis entre ambas concepciones, si bien otorgando mayor peso a la concepción cognoscitiva del dolo, entendiendo, en consecuencia, que lo determinante del dolo, y con ello del dolo eventual, es el conocimiento de la concreta aptitud de la conducta para producir el resultado. Como ha afirmado Gimbernat, la diferencia básica entre ambas concepciones radica en que mientras la teoría del consentimiento enfrenta al autor con el resultado, la teoría de la probabilidad enfrenta al autor con la acción peligrosa[58], prescindiendo entonces de la cuestión de si el autor habría querido, consentido o aprobado el resultado y vinculando la afirmación el dolo con la existencia de un acción peligrosa para el bien jurídico y la realización de dicha acción a pesar de conocer el concreto riesgo que conlleva.

Junto a las críticas que la doctrina ha opuesto a las clásicas teorías del consentimiento, su rechazo debe venir presidido desde los propios fundamentos ideológicos del derecho penal. Si se asume que el fin del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, y no el de conformar actitudes internas o internalizar valores, lo desvalorizado - en el ámbito de los delitos dolosos -, lo 'reprochable', sólo puede ser la realización consciente de peligros para el bien jurídico, y no la actitud que hubiera mantenido el autor en su fuero interno respecto del respeto que el mismo le merezca.

58 GIMBERNAT, Acerca del dolo eventual, p. 251.

Los partidarios de esta línea doctrinal han descrito esta concepción de diferentes formas: para algunos lo relevante es que el agente "cuenta con" la producción del resultado y a pesar de ello actúa; para otros que el actor "se ha decidido a favor de la posible lesión del bien jurídico"; o, en fin, por otros autores se parte de la idea de que el dolo se dará cuando con la realización de la acción el agente "no pueda descartar la producción del resultado".

Independientemente de cómo quiera formularse, lo fundamental seguirá siendo la delimitación del dolo con la imprudencia, cuestión que desde esta concepción podría resolverse en los siguientes términos: estaremos ante un caso de dolo eventual cuando el agente, conociendo el concreto riesgo de su acción para el bien jurídico, asuma el riesgo de lesión; y estaremos, por el contrario, ante una imprudencia consciente cuando el agente, aun conociendo el riesgo de su acción, confíe en que el resultado lesivo no llegue a producirse.

Puede decirse, así, como luego se reiterará, que inherente a la imprudencia es siempre la existencia de un error: el agente yerra sobre su confianza en que la situación de peligro no desembocará en el resultado.

A este respecto, la mayoría de la doctrina considera que esa confianza debe partir de una expectativa racional, en el sentido de que sólo cabrá negar un dolo eventual y afirmar, en consecuencia, una imprudencia consciente cuando la confianza del sujeto en la no producción del resultado se asiente sobre bases racionales, que sean compartibles por un ciudadano con unos conocimientos medios. Ello se fundamenta en la idea de que el derecho penal no puede privilegiar la irracionalidad temeraria, imponiendo la pena más liviana de la imprudencia (o incluso llegando a la impunidad cuando el tipo legal correspondiente no admita una modalidad imprudente) a quien a partir de una representación aberrante de la realidad niega la gravedad del riesgo creado para el bien jurídico.

Ejemplos:

1. *Caso del integrista religioso*. Un miembro de una violenta organización terrorista islámica decide ocultar una bomba con un dispositivo de explosión retardada en una estación de metro. Media hora antes de que el artefacto explote, el sujeto se arrepiente de su acción, pero decide no dar aviso a la policía por temor a ser descubierto y opta por recurrir a otra solución: es tal su fe en Dios, que le implora mediante rezos que detenga la explosión de la bomba, llegando a quedar plenamente convencido de que así ocurrirá. No obstante, la bomba estalla y mata a varias personas.

2. *Caso de la lotería:* Un individuo convence a un amigo suyo para que le preste una elevada cantidad de dinero, afirmando que va a invertirla en un negocio muy

rentable de fabricación de maquinaria que, en realidad, no existe. Su verdadera idea es destinar el dinero a la compra de boletos de lotería y, con las ganancias que confía en obtener al recibir el premio, devolver el dinero al amigo y lucrarse él mismo. Frente a lo que él esperaba, no le toca la lotería y no puede devolver el dinero a su amigo.

En ambos casos resulta evidente que la confianza en la no producción del resultado (homicidios en el primer caso, perjuicio económico constitutivo de estafa, en el segundo) no se asienta sobre bases racionales. Si se prescinde de esa exigencia de racionalidad y se considera que basta la confianza en la no producción del resultado, aun cuando se base en motivos irracionales, para negar el dolo eventual (como defienden algunos autores[59]), en el primer caso habremos de condenar únicamente por homicidio imprudente, y en el segundo la conducta habría de quedar impune, pues la estafa imprudente no es típica.

Caso Práctico

Finalidad: Ejercicio de aplicación de las teorías del dolo eventual

Supuesto de hecho:

"Sobre las 21.30 horas del día 9 de abril de 1992, el procesado Vicente V. C. coincidió en el establecimiento "Billares Tomás", sito en la calle Doña Leonor de la localidad de Cabra, con María Luz Y. A., de 15 años de edad, y como quiera que ambos se conocían, iniciaron un diálogo en el propio establecimiento. Estuvieron charlando unos diez minutos aproximadamente, y el acusado le sugirió a María Luz que podían jugar una partida de ajedrez en la Casa de la Juventud, aceptando ésta. Cuando llegaron vieron que había ya algunas personas ocupando las mesas de ajedrez. Al decirle el procesado que no podrían jugar la acordada partida de ajedrez por no haber mesas libres, aquélla reaccionó dándole un beso en los labios.

Así las cosas, el acusado invitó a María Luz a subir a la primera planta de la Casa de la Juventud. Una vez que la pareja se encontró en este último lugar, se tumbaron los dos en el suelo, al tiempo que uno y otro se desnudaron, quedando María Luz sólo con las bragas y el sujetador. Ella se puso en posición de cúbito supino y el procesado se le situó encima, quien intentó inmediatamente la penetración vaginal. En ese momento, María Luz entró en una fase de nerviosismo, y de decidida oposición a la práctica del coito. Sin embargo, Vicente no desistió de su empeño, a pesar

59 Por ejemplo, MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 7ª edición, p. 269.

de *la manifiesta resistencia de aquélla, resistencia que mostraba gritando "socorro", pero el acusado le tapó con su mano derecha la* boca y la nariz, privándola de voz y de normal respiración. María Luz luchó con sus manos para desembarazarse de él, pero el acusado, mientras seguía tapándole la boca, con la mano izquierda le agarró del pelo hasta golpearle su cabeza contra el suelo en dos ocasiones, quedando sin conocimiento. Una vez en ese estado, Vicente terminó por introducir el pene por vía rectal, eyaculando en su interior. En cambio, no consta que hubiera penetración vaginal, y ni siquiera se ha demostrado que llegase a existir conjunción previa de los órganos genitales respectivos. Por contra, sí está acreditado que María Luz a partir de los golpes recibidos en la cabeza, junto al tiempo que llevaba privada de aire para respirar, quedó inerme, sin movimiento alguno, no obstante lo cual el acusado continuó hasta diez minutos después de la eyaculación en aquella compostura de sofocación, tapándole la boca y la nariz, con lo cual, no sólo consiguió el referido acceso carnal sino que dio muerte por asfixia a María Luz. Al levantarle por fin la mano derecha, observó cómo María Luz hizo una gran expulsión de aire por la boca lo que le permitió comprobar que aquélla había muerto, a causa de la asfixia provocada" (Supuesto de la Sentencia del Tribunal Supremo español de de 14 de abril de 1998).

Ejercicio:

(1) Argumentar a qué conclusión llegarían las concepciones doctrinales anteriormente explicadas sobre la presencia de dolo eventual. (2) Adoptar una postura personal respecto de cuál es la solución más correcta para resolver el caso.

3. LA IMPRUDENCIA

3.1 INTRODUCCIÓN. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA IMPRUDENCIA

3.1.1 Consideraciones generales

Por lo general, los Códigos Penales de los todos los sistemas jurídicos no limitan la intervención del Derecho penal a las conductas lesivas realizadas dolosamente, sino que sancionan también los resultados producidos por negligencia o desatención, esto es, por imprudencia. En cualquier caso, sus diferencias con la modalidad dolosa, que se asume por lo general como la realización delictiva por excelencia, hacen que el ámbito del castigo de la realización imprudente varíe notablemente de legislación en legislación. En efecto, la doctrina suele partir del presupuesto de que los tipos legales

recogidos en el catálogo de delitos del Código Penal recogen la realización dolosa del hecho, por lo que, a sensu contrario, la imprudencia sólo podrá castigarse cuando el legislador haya establecido expresamente la posibilidad de su castigo.

No obstante, ello no resulta evidente de la mera lectura de muchos preceptos de los Códigos Penales, sino que atiende a razones de carácter político-criminal.

Pongamos como ejemplo la regulación del delito de aborto recogida en el art. 317 del CP:

"El que por medio de alimentos, brebajes, medicamentos, sondeos, tratamientos o de otro modo cualquiera, causare o cooperare directamente a causar el aborto de una mujer embarazada, aun cuando ésta consienta en él, será castigado con la pena de reclusión. La misma pena se impondrá a la mujer que causare un aborto o que consintiere en hacer uso de las substancias que con ese objeto se le indiquen o administren o en someterse a los medios abortivos, siempre que el aborto se haya efectuado. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años a las personas que hayan puesto en relación o comunicación una mujer embarazada con otra persona para que le produzca el aborto, siempre que el aborto se haya efectuado, aun cuando no hayan cooperado directamente al aborto. Los médicos, cirujanos, parteras, enfermeras, farmacéuticos y otros profesionales médicos, que, abusando de su profesión, causaren el aborto o cooperaren a él, incurrirán en la pena de cinco a veinte años de trabajos públicos, si el aborto se efectuare…".

Como puede apreciarse, el legislador se limita a describir una serie de conductas en términos meramente causales, incluyendo, entonces, elementos meramente objetivos o externos del hecho y sin referencias al aspecto subjetivo. Ello implica que, desde el principio de legalidad, ningún obstáculo existiría para incluir bajo tal descripción típica conductas realizadas por imprudencia, puesto que también éstas, y no sólo las dolosas, pueden causar el aborto.

Ciertamente, esa conclusión no podrá afirmarse respecto de todos los tipos penales, y ello porque muchos de ellos incluyen expresas referencias a elementos subjetivos cuya concurrencia resulta incompatible con la realización imprudente del hecho, y otros muchos delitos, aun cuando no contengan referencias expresas, sólo son concebibles en su modalidad dolosa, porque su lesividad viene determinada por una intención determinada del autor.

Así, por ejemplo, el delito de falsificación de moneda del art. 135, exige el "ánimo u objeto de engañar sobre la materia del metal". De igual modo, y aunque no aparezca expresamente, los delitos de falsificación o falsedades, ya sea de moneda o de documentos, presuponen una particular ánimo falsario que resulta incompatible con la imprudencia. De igual modo, delitos como el estupro (art. 337), o la difamación o

injurias (art. 367), presuponen un dolo de cometer ese delito, por lo que no sería planteable su comisión por imprudencia. Y otros delitos incorporan referencias a elementos subjetivos como "voluntariamente" (art. 437), "a sabiendas" (art. 445), o "intencionalmente" (art. 443), que restringen la posibilidad de castigar la modalidad imprudente.

En cualquier caso, respecto de los tipos legales en los que sí cabría incluir la realización imprudente, es importante resaltar que, como ya ha sido dicho, un amplio sector doctrinal considera que salvo regulación expresa del legislador la modalidad imprudente debería queda excluida del castigo. Tal punto de vista se basa en la consideración de que la modalidad imprudente reviste una menor gravedad que la del delito doloso, por lo que, salvo que el legislador asumiera la necesidad político-criminal de aplicar la sanción penal también para la imprudencia, el principio de intervención mínima que debe presidir la actuación del Derecho penal debe llevar a restringir el ámbito de aplicación de los tipos legales a las modalidades más graves. Junto a ese argumento, es importante también el relativo al principio de proporcionalidad en la distribución de la pena, porque la inclusión de la imprudencia en la regulación genérica del delito daría lugar a la aplicación del mismo marco legal de penalidad tanto para la modalidad dolosa como para la imprudente, quedando al arbitrio del juez la posibilidad de imponer menor pena para la imprudencia, desatendiéndose, así, la necesaria proporción de pena entre conductas de diferente gravedad.

3.1.2 La regulación de la imprudencia en el Código Penal

En lo tocante a la regulación establecida en el CP, el legislador dominicano ha optado por introducir una incriminación expresa de la imprudencia, incorporando en la regulación de algunos delitos la previsión del castigo de su modalidad imprudente. Son, ciertamente, escasos tales supuestos, limitando la tipificación de la imprudencia a delitos tales como homicidio y lesiones (arts. 319-321), incendios (art. 458), desfalco (art. 170), ayuda a la evasión de presos (arts. 238-240) así como en alguna infracción de policía.

3.2 CONCEPTO Y CLASES.

3.2.1 Introducción. Delimitación con el dolo. Imprudencia consciente e inconsciente

El término "imprudencia" equivale al de "culpa", que la doctrina había venido utilizando tradicionalmente. En la presente lección, hemos optado por emplear la primera acepción –y hablar, así, de delito imprudente en lugar de "culposo"-, en aras de evitar confusiones con la categoría de la "culpabilidad", que constituye el tercer eslabón de la teoría del delito.

Como ya hemos afirmado al inicio de la lección, dentro de los elementos que deben ser analizados a la hora de plantear si una conducta debe considerarse típica, están los que forman parte del llamado tipo subjetivo. Dentro de este tipo subjetivo, a su vez, la teoría del delito incorpora las dos formas en que una conducta penalmente relevante puede ser realizada: el dolo, de una parte, y la imprudencia, de otra. Como hemos visto también, ambas modalidades de realización subjetiva de un hecho delictivo guardan entre sí, esencialmente, una relación de grado, fundado en un mayor menor conocimiento de las circunstancias que determinan el tipo objetivo.

Así, desde el conocimiento seguro de dichas circunstancias en que consisten el dolo intencional y el dolo directo (el autor cuando actúa sabe que con su acción está realizando el hecho descrito en la ley penal), y pasando por el conocimiento eventual de tales circunstancias característico del dolo eventual (el autor conoce la posibilidad de que se produzcan los hechos descritos en la ley penal), llegamos al ámbito de la realización imprudente del hecho, dentro de la que podemos encontrar casos en que, o bien el autor tiene un conocimiento de la posibilidad pero la descarta por la expectativa de que no se dará el hecho típico (estaríamos entonces ante la llamada imprudencia consciente), o bien no tiene conocimiento de tal posibilidad de producción del hecho típico, si bien debía haberlo tenido y, con ello, evitado el resultado producido (imprudencia inconsciente).

Ello resultará más claro a modo de diagrama, en el que incluiremos distintos ejemplos:

Cuadro comparativo sobre las diferencias entre dolo e imprudencia

Conocimiento seguro de los elementos objetivos del hecho típico:

Dolo intencional: el autor quiere producir el resultado

Ejemplo: un anestesista utiliza una dosis de anestesia mucho Mayor que la indicada con intención de producirle la muerte

Dolo directo: el autor sabe que producirá el resultado

Ejemplo: un medico, con intención de que culpen al anestesista, Aumenta la dosis prevista de la anestesia sin que aquél se dé cuenta, Sabiendo que al suministrársela al pacienta se producirá la muerte.

Conocimiento eventual de los elementos objetivos del hecho típico

Dolo eventual: el autor asumen la probabilidad de la producción del resultado típico.

Ejemplo: El anestesista sabe que el paciente es extremadamente alérgico a la anestesia que le va a suministrar y, asumiendo la posibilidad de la muerte, aplica la anestesia.

Imprudencia consciente: el autor admite la posibilidad de producción del hecho típico,

Pero confía racionalmente en su evitación.

Ejemplo: Cuando el medico finaliza la operación se da cuenta de que la herida no esta bien suturada y queda una pequeña hemorragia, pero confía en que se cerrara sola y la hemorragia cesará. Al paciente se le infecta la herida y sufre lesiones de consideración.

Desconocimiento (evitable) de los elementos objetivos del hecho típico

Imprudencia inconsciente: el autor no se representa la producción del hecho típico, pero era su deber conocer el riesgo y evitarlo.

Ejemplo: El medico deja por descuido una gasa dentro del cuerpo del paciente después de la operación, sin apercibirse de ello. El paciente sufre una infección y muere.

Dicha clasificación entre imprudencia consciente e inconsciente, de igual modo que ocurría con las diferencias entre el dolo intencional y el directo, tiene una finalidad más analítica que práctica, pues ni el legislador dominicano –ni, por lo demás, tampoco otros Códigos Penales como el español o el alemán- acogen dicha clasificación para establecen diferencias de penalidad; de hecho, ni siquiera la doctrina, por lo general, considera que entre ambas modalidades de la imprudencia deban establecerse diferencias de penalidad, considerando que habrán de ser otros factores, y no el grado de conocimiento, el que determine la mayor gravedad penal de la conducta imprudente.

3.2.2 Concepto de imprudencia. La infracción del deber de cuidado como elemento nuclear del tipo imprudente

Partiendo de la comparación efectuada con el dolo, la imprudencia se caracterizará por una falta de conocimiento acerca de las consecuencias lesivas de la conducta. En la imprudencia inconsciente ese déficit de conocimiento es completo, dado que el agente ni siquiera se representa el peligro de su conducta para el bien jurídico, pero también en la imprudencia consciente se da tal déficit de conocimiento sobre el riesgo; el autor sabe que su comportamiento conlleva cierto peligro, pero confía en que no dará lugar al resultado, y esa confianza se revela infundada. Expresado en otros términos, el elemento característico de la imprudencia es la creencia errónea en la no producción del resultado.

Dicha noción de la imprudencia como error fue, por ejemplo, acogida por Luis Jiménez de Asúa, quien precisamente llamó "teoría del error" a dicha concepción sobre la culpa (imprudencia), y en mayor o menor medida es compartida por un buen número de autores. No obstante, tal noción de la imprudencia como un error sobre la aptitud de la conducta tiene un carácter únicamente descriptivo, puesto que lo que caracteriza la contrariedad a derecho de la imprudencia no es, en sí mismo, haber incurrido en tal error, sino el hecho de no haber evitado dicho error causante del resultado cuando el mismo podría haber sido evitado prestando el cuidado debido.

Así, el injusto del delito realizado imprudentemente se caracteriza por la realización de una acción contraria al deber de cuidado exigible en el caso concreto, a consecuencia de lo cual se produce el resultado típico. Con respecto a la estructura de la realización dolosa del delito, no existen diferencias en lo relativo al tipo objetivo; es decir, al igual que en aquél, primero debe analizarse la concurrencia de los elementos del tipo objetivo, determinando en primer lugar si existe una relación de causalidad entre el resultado producido y la conducta realizada, para después aplicar los criterios de imputación objetiva, y analizar si se ha creado un riesgo que supera el ámbito de lo permitido y si el resultado es imputable a dicho riesgo. Y es una vez concretada la presencia del tipo objetivo cuando se pasa al análisis de la vinculación subjetiva del autor con su hecho.

El contenido del deber de cuidado debe analizarse en cada caso concreto en función del ámbito social en que haya de actuarse y de las circunstancias que rodean el comportamiento, pero debe partirse de un punto de vista objetivo; es decir, partir del parámetro de un ciudadano medio ideal, dotado de unas capacidades medias, porque lo que, en suma, se exige es el cumplimiento del cuidado que sería exigible a cualquier ciudadano en la situación en que actúa el autor.

3.2.2.1 La previsibilidad objetiva como primer aspecto del deber de cuidado: el deber de advertir el peligro

El primer contenido del deber – llamado deber de cuidado interno- es el de advertir la presencia de un peligro en su gravedad aproximada. Para determinar el ámbito de este deber recurriremos a un juicio de previsibilidad emitido desde una perspectiva ex ante, situando a un espectador dotado de conocimientos medios (más los especiales que tuviera el concreto autor) y analizando si desde la perspectiva en que se disponía a actuar el autor el peligro resultaba objetivamente previsible.

Como ya hemos visto en la lección segunda, a la hora de analizar la teoría de la imputación objetiva, la previsibilidad objetiva es el presupuesto básico de la existencia de un deber de cuidado, porque sólo cabe exigir la evitación de una situación de peligro cuando resulta posible prever ese riesgo. Expresado en otros términos, "afirmar que un resultado era imprevisible equivale a negar la eficacia, en este supuesto concreto, del mandato genérico de cuidado, ya que no puede ser objetivo de la norma penal evitar lesiones o puestas en peligro de un bien jurídico que nadie podía prever, ni tampoco podría en este caso cumplir la sanción una función motivadora"[60]. Pero no es sólo que la ausencia de previsibilidad reste eficacia a la norma, sino que, partiendo del principio de culpabilidad, no resulta legítimo atribuir a alguien un resultado (e imponerle, en su caso, la sanción correspondiente) que no había podido prever y, con ello, evitar.

Tal deber de previsión del peligro es que resulta infringido en la llamada imprudencia inconsciente. En esta modalidad de la imprudencia, como ya hemos afirmado, el autor no prevé la situación de riesgo, si bien cabe atribuirle la vulneración de un deber de cuidado porque ese riesgo resultaba previsible para cualquier persona situada en su lugar, con lo que también él podría haberlo previsto (y, con ello, evitado el resultado) si hubiera prestado la atención debida.

3.2.2.2 El deber de cuidado externo: el contenido del deber de cuidado

Ante los supuestos en los que se ha advertido la existencia de una situación peligrosa (encontrándonos ya, en consecuencia, en el ámbito de la imprudencia consciente), el deber de cuidado se determinará en cada caso según las circunstancias. Con carácter general, la doctrina ha venido distinguiendo tres supuestos[61].

a) En primer lugar, existe un deber básico de omitir acciones peligrosas. Existen acciones cuyo peligro para el bien jurídico es tan elevado que el mero hecho de realizarlas infringiría ya el deber de cuidado. Ello sucede de modo paradigmático en los supuestos en los que existe una falta de preparación técnica para realizar determinada actividad.

Ejemplo: Un estudiante de medicina no puede realizar por sí mismo una complicada operación quirúrgica. Quien no conoce los mecanismos de una máquina excavadora, no puede operar con ella. En ambos casos, por muy cuidadosa y prudente que haya sido la forma de actuar, si se produce un resultado lesivo será imputable como, por ejemplo, homicidio o lesiones imprudentes, pues aquí la norma de cuidado se concreta ya en el deber de no actuar, dada la falta de pericia técnica.

60 HAVA GARCÍA, La imprudencia inconsciente, Granada, 2002, p. 136.
61 Cfr. MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 7ª edición, 2004, pp. 291 ss., citando a Jescheck.

b) No obstante, es sabido que en las sociedades actuales existen muchos ámbitos en los que la actividad humana se enmarca en situaciones de peligro para los intereses protegidos por el derecho; el tráfico rodado, la utilización de maquinaría pesada en la industria, el empleo de sustancias nocivas para producir medicamentos, son ejemplos evidentes de ello. Ciertamente, ese tipo de actividades peligrosas, al mismo tiempo que amenazan la integridad de determinados bienes jurídicos, proporcionan grandes beneficios de toda índole para el desarrollo social, por lo que no puede prescindirse de las mismas. Es debido a ello que en este ámbito de actuación la norma no incorpora una prohibición de evitar toda conducta peligrosa, sino que, por el contrario, el derecho establece un determinado margen de riesgo permitido, permitiendo entonces la realización de actividades en sí mismas peligrosas siempre que se ejecuten cumpliendo determinadas medidas de precaución. En estos casos el contenido de la norma de cuidado se concreta entonces en el deber de actuar prudentemente en situaciones de peligro.

c) Junto a las anteriores, cabe encontrar supuestos en los que el contenido de la norma de cuidado se concretará en un deber de preparación e información previa. Así, en muchos casos en los que resulta previsible la situación de riesgo, antes de actuar es precisa una labor de obtención de determinada información, o determinado asesoramiento, que permitirán mantener la situación bajo estándares de riesgo permitidos por el derecho.

Ejemplo: Antes de operar, el cirujano debe examinar el estado del paciente y consultar su historial clínico. A la hora de construir una vivienda, el arquitecto responsable de la misma debe informarse sobre las condiciones del suelo donde va a edificarse.

El contenido de dicho deber puede tener distintas fuentes. En ocasiones existen en el derecho administrativo o sectorial concretas reglamentaciones de actuación o reglas técnicas para actuar en situaciones peligrosas. También pueden encontrarse en determinados sectores sociales determinadas pautas de conducta más o menos sistematizadas – tal como la llamada lex artis en el ámbito de la medicina – o protocolos de actuación ante situaciones de riesgo. Por último, la concreción del deber de cuidado en el caso concreto procederá también de reglas de la experiencia. Tales elementos deberán ser ponderados por el aplicador del derecho en cada caso, para concretar el deber de cuidado que regía la conducta adecuada a derecho en el supuesto concreto.

3.3. LA GRAVEDAD DE LA IMPRUDENCIA. CRITERIOS DE MODULACIÓN

En un derecho penal fundado en el principio de culpabilidad, que por tanto no deriva la responsabilidad únicamente de las consecuencias objetivas de la conducta, la gravedad del delito realizado imprudentemente ha de poder ser valorada no sólo en atención a la importancia del bien jurídico lesionado, o en general de la entidad del resultado producido, sino también con respecto al mayor o menor grado de imprudencia. En otras palabras, la imprudencia, la infracción del deber de cuidado en que ello consiste, es una circunstancia graduable, susceptible, por tanto, de recibir una mayor o menor desvaloración penal. Ello, por lo demás, es asumido desde antiguo, habiéndose distinguido, tanto en el ámbito penal como en el civil, entre culpa grave, leve y levísima.

Dada la forma de incriminación de la imprudencia en el CP dominicano, no aparece una expresa delimitación entre formas más y menos graves de imprudencia. No obstante, es importante trazar la distinción porque será un factor importante para la labor de concreción de la pena a imponer dentro el marco penal establecido legalmente. Asimismo, en casos de escasa gravedad (culpa levisima) resultaría planteable considerar atípica la conducta, aunque hubiera producido el resultado lesivo, y no imponer la pena.

Ello implicaría que, por ejemplo, un resultado de muerte que, en principio, pudiera calificarse como producido por "torpeza, imprudencia, inadvertencia, negligencia o inobservancia de reglamentos" (art. 319 CP) podría quedar impune por no alcanzar el mínimo de relevancia penal. Ciertamente, puede resultar sorprendente que la producción imprudente de un homicidio llegue a quedar impune –o, en su caso, reciba una pena muy inferior[62]-; en este sentido, debe enfatizarse lo afirmado, relativo a que la gravedad de la conducta no puede mediarse únicamente por la gravedad del resultado. Así, desde el momento que se admite la existencia de homicidios fortuitos, carentes de relevancia penal, debe poder aceptarse la posibilidad de homicidios de gravedad intermedia entre la imprudencia grave y la levisima.

Es preciso tener en cuenta, además, que la gravedad de la imprudencia tampoco depende directamente de la clase de imprudencia que sea, consciente o inconsciente; expresado en otros términos: que la imprudencia consciente sea per se más grave que la inconsciente. Ello puede ser así en ocasiones, pero son otros factores los que, junto con éstos, tendrán que ponderarse para efectuar ese juicio desvalorativo. Por ejemplo, puede haber casos en los que la ausencia de representación del peligro concurrente en la acción (culpa inconsciente) pueda deberse a una grave desatención de las normas más básicas de cuidado propias del ámbito social donde el sujeto

62 Ello no resultaría viable en el CP dominicano, pero, a título de ejemplo, puede mencionarse el hecho de que el CP español contempla, junto al homicidio imprudente sancionado como "delito" con una pena de prisión de 1 a 4 años (art. 142), una modalidad de homicidio imprudente sancionado como "falta", estando su pena reducida a una multa (art. 621.2).

actúa. O, como afirma Peñaranda, "una inconsciente desatención del cuidado debido puede ser calificada de grave y, a la inversa, puede ser leve la infracción del cuidado debido aunque medie una abstracta conciencia del riesgo"[63].

En una primera aproximación conceptual, la siguiente clasificación puede ser útil:

a) *Imprudencia temeraria:* concurriría cuando se ha infringido un deber básico de cuidado en una medida inusualmente alta, no habiendo prestado atención el autor a lo que sería evidente para cualquiera.

b) *Imprudencia grave:* estaremos ante esa modalidad cuando el resultado sea consecuencia de la desatención o negligencia exigible a cualquier ciudadano, habiendo podido evitarse el resultado aplicando una diligencia propia de un hombre medio.

c) *Imprudencia leve:* se dará cuando la evitación del resultado hubiera requerido el empleo de un especial cuidado superior al de un hombre medio

d) *Imprudencia levisima:* se daría cuando el resultado sólo se hubiera podido prever mediante el empleo de una diligencia extraordinaria, exigible al más capacitado de los ciudadanos en el sector donde se desarrolla la actividad

Tales definiciones, no obstante, son insuficientes para abordar los detalles y circunstancias que han de ponderarse en cada caso concreto. Como ejemplo, es importante mencionar que la actuación de la víctima es un importante factor a tener en cuenta a la hora de modular la gravedad de la infracción del deber de cuidado. Partiendo de los criterios de imputación objetiva, la autopuesta en peligro de la víctima puede llegar a excluir la responsabilidad del que causalmente genera un resultado lesivo; pues bien, asimismo, la intensidad de la imprudencia puede variar según si la víctima, a su vez, ha actuado negligentemente.

Por citar algunos ejemplos[64] , el Tribunal Supremo español ha admitido una disminución de la gravedad de la imprudencia, pasando a considerarla una imprudencia "leve" y, por tanto a aplicar únicamente penas de multa, entre otros muchos en los siguientes casos:

(1) Trabajar como obrero de la construcción con unas zapatillas en mal estado, en lugar de con las botas de goma dispuestas por la empresa, y con la ropa mojada, resultando electrocutado porque el empresario había omitido cumplir con su deber de vigilancia del cumplimiento de las medidas de seguridad por parte del trabajador y verificar adecuadamente el estado de los cables de conducción de la electricidad y el funcionamiento del interruptor diferencial que falló en ese momento;

64 Recogidos en PEÑARANDA RAMOS, cit., p. 156.

(2) Cruzar un peatón de noche una carretera poco iluminada, siendo atropellado por el vehículo que circulaba a velocidad excesiva.

(3)O tumbarse un cazador que participaba en una partida de caza sobre unas hierbas de mediana altura, siendo confundido por otro cazador con un jabalí y resultando muerto por los disparos de éste.

3.4. LA PRETERINTENCIONALIDAD. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

La preterintencionalidad tiene lugar cuando el autor quiere producir dolosamente un determinado resultado lesivo, pero termina por producir un resultado más grave que el abarcado por su dolo [praeter intentionem : más allá de la intención]. La figura más tradicional es la del homicidio preterintencional, caracterizado porque de la realización de unas lesiones dolosas se deriva la producción de un resultado de muerte.

Antiguamente, la fórmula –proveniente del derecho canónico – del versari in re illicita dio lugar a aplicar un baremo de responsabilidad objetiva a estos supuestos, considerando que las consecuencias lesivas producidas por una primera conducta ilícita serían imputables al autor de la misma, aunque fueran fortuitas e imprevisibles.

Tal criterio, palmariamente contrario al principio de culpabilidad, está hoy abandonado por toda la doctrina, que asume que la atribución del resultado más grave debe estar presidida por una imprudencia, y que de lo contrario, como caso fortuito, habrá de quedar impune.

Desde esta perspectiva, la solución de estos supuestos sería aplicar un concurso ideal entre unas lesiones dolosas y un homicidio imprudente, siempre, eso sí, que pueda afirmarse la infracción de un deber de cuidado. Castigar por homicidio doloso consumado sería incorrecto porque dicho resultado de muerte no fue abarcado por el dolo del sujeto; e igualmente sería incorrecto castigar sólo por homicidio imprudente porque esa calificación no abarcaría el desvalor propio del dolo de lesiones.

Dicho esto, lo cierto es que el CP dominicano, en su artículo 309, contempla una regulación específica del homicidio preterintencional, en los términos siguientes: "si las heridas o los golpes inferidos voluntariamente han ocasionado la muerte del agraviado, la pena será de trabajos públicos, aún cuando la intención del ofensor no haya sido causar la muerte de aquél". Tal regulación específica implica que la solución del concurso no sería aplicable, puesto que entraría en aplicación directamente la regulación específica, que, al conllevar una pena superior a la de las lesiones, abarcaría todo el desvalor del hecho. Ahora bien, a los efectos de la interpretación correcta de ese precepto, es importante poner de relieve dos cosas.

En primer lugar, que aunque el legislador hable expresamente de la ausencia de "intención", ello debe entenderse como sinónimo de dolo, abarcando por tanto también el dolo eventual. En otras palabras, que si el resultado de muerte es causado con dolo eventual, será de aplicación el delio de homicidio, y no éste.

Y en segundo lugar, que el respeto al principio de culpabilidad impone que para poder aplicar ese precepto – que presupone la imputación del resultado de muerte a la conducta del autor-, la muerte debe haber sido causada de modo imprudente, puesto que sería contrario al citado principio que se le atribuyera responsabilidad por dicha muerte si fue consecuencia de un caso fortuito.

Ello conlleva que, en lugar de aplicarse el concurso de delitos entre lesiones dolosas y homicidio imprudente, se aplicará el citado precepto, si bien no puede dejar de recalcarse que su aplicación presupone que el resultado de muerte debe ser imputable al menos a título imprudente, según impone el principio de culpabilidad[65].

4. EL ERROR DE TIPO

4.1 CONCEPTO

El error de tipo consiste en el desconocimiento por parte del agente de alguno o algunos de los elementos descritos en el tipo. Así, si el dolo se define precisamente en virtud del conocimiento de los elementos del tipo, el error de tipo constituye su reverse, y excluye por tanto el dolo.

A la hora de caracterizar el error de tipo, el primer paso es diferenciarlo del llamado error de prohibición. El error de tipo consiste en el desconocimiento de la situación objetiva descrita por el tipo penal; en cambio, el error de prohibición consiste en el desconocimiento de que la realización de ese hecho está prohibida por el derecho penal.

Ejemplos:

a) Error de tipo: A compra una pistola y decide probarla disparando contra la pared de una cabaña abandonada que ha encontrado paseando por la montaña. Los disparos de A causan la muerte de un vagabundo que se había refugiado en la cabaña y que dormía en ese momento.

b) Error de prohibición: A fuerza a su mujer a tener relaciones sexuales contra su voluntad creyendo que el estupro (del art. 332 CP) dentro del matrimonio no está prohibido por el Código Penal.

65 Cfr. MIR PUIG, cit., p. 302 ss., mencionando que esa había de ser la interpretación correcta de los preceptos que, de modo similar al art. 309 CP dominicano, regulaban supuestos de "delitos cualificados por el resultado" en el antiguo CP español.

En el primer caso, existe un desconocimiento sobre un elemento constitutivo del hecho típico del homicidio que, en cuanto error de tipo, excluiría el dolo. En cambio, en el segundo ejemplo el sujeto cuando actúa conoce perfectamente todos los elementos que describe el tipo legal (actos de naturaleza sexual, ausencia de consentimiento del sujeto pasivo, etc.,), si bien desconoce que dicha conducta está prohibida.

Establecer tal diferenciación es importante porque según de qué error se trate las consecuencias jurídicas serán distintas. Así, en el caso del error de tipo, como ya hemos afirmado, habremos de negar la concurrencia de dolo y, según si el error era evitable o no, podrá apreciarse una imprudencia e imputar el resultado a la falta de un deber de cuidado. Ello lo concretaremos a continuación. En todo caso, es preciso poner de relieve ya en este momento que para derivar tales consecuencias no es precisa una regulación específica en el Código Penal, por lo que la ausencia de dicha regulación en el CP dominicano no impedirá manejar este figura del error de tipo. Ello se debe a que la misma no es sino un supuesto concreto de los criterios generales de la responsabilidad subjetiva, y de las diferencias entre dolo, imprudencia y caso fortuito. Por ello, a la hora de establecer los límites entre el conocimiento (dolo), el desconocimiento evitable (imprudencia) y el no evitable (caso fortuito impune), serán dichos criterios generales los que serán de aplicación.

En cambio, el llamado error de prohibición plantea problemas distintos y da lugar a diferentes consecuencias, situadas en el ámbito de la culpabilidad. Por ello, y salvo en lo que tenga relevancia para el error de tipo, es preferible posponer su estudio a la lección correspondiente.

4.2 ERROR EVITABLE E INEVITABLE

Como acabamos de afirmar, las consecuencias serán diferentes según estemos ante un error evitable (también denominado "vencible") o inevitable, puesto que en el primer caso podrá condenarse por imprudencia y en el segundo la conducta será impune. Partiendo de ello, el error evitable puede definirse como aquél que habría podido evitarse si se hubiera aplicado el cuidado debido en la concreta situación. El error inevitable, por su parte, será el que no hubiera logrado evitarse ni aun prestando toda la atención exigible.

Ello puede ser expresado en los siguientes términos: "La doctrina considera que el error de tipo vencible existe cuando el autor hubiera podido superar el error aplicando la diligencia debida. Por ello, el error vencible produce que se castigue el delito en forma imprudente, siempre y cuando tal delito tenga prevista su punción imprudente…Para decidir si el error es objetivamente vencible se debe atender a las posibilidades del hombre medio ideal según la correspondiente posición jurídica, colocado en la situación del autor y con los conocimiento de éste.

El error de tipo invencible produce la impunidad. En este caso se entiende que la persona no sólo no tuvo la intención de realizar el hecho, sino que, además, no infringió el deber de diligencia, puesto que le era imposible superar el error aun actuando prudentemente. En este caso, el error de tipo se basa en la creencia objetivamente fundada para el hombre medio ideal colocado en la situación del autor. Con los conocimientos de éste y empleando toda la diligencia objetivamente debida. En tales hipótesis no hay ni dolo ni imprudencia, por lo que se trata de un supuesto especial de caso fortuito" [66].

4.3. ERROR SOBRE ELEMENTOS DESCRIPTIVOS Y SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS

A la hora de describir las conductas prohibidas, los tipos legales se sirven tanto de elementos descriptivos como de elementos normativos. Los primeros se caracterizan por referirse a objetos, hechos o circunstancias fácticas y propias de la realidad exterior aprehensible, en consecuencia, por los sentidos. Los segundos, en cambio, aluden a una realidad a su vez determinada por normas, ya sean sociales o jurídicas.

Dicha distinción es importante en el ámbito del error por dos razones. En primer lugar, porque dada su diversa naturaleza, los mecanismos para aprehender tales elementos serán distintos en cada caso, lo que, a su vez, lleva a que sean diversos los criterios para modular la vencibilidad o invencibilidad del error.

Y en segundo lugar, porque, mientras en los elementos descriptivos no cabe dudar de que un error sobre los mismos constituye un error de tipo, los errores acerca de la concurrencia de elementos normativos, precisamente debido a que vienen definidos en virtud de normas, plantean en ocasiones el problema de si nos hallamos ante un error de tipo o ante un error de prohibición.

Error sobre elementos descriptivos

En el caso antes citado en el que el sujeto que dispara yerra acerca de la presencia de un "otro" (elemento descriptivo del delito de homicidio), no cabe duda de que ese error es sobre el tipo.

E*rror sobre elementos normativos.*

Ejemplo: Un sujeto, después de cenar en un restaurante, agarra por error un abrigo ajeno del perchero creyendo que es el suyo y se lo lleva.

66 RODRÍGUEZ BARILLAS, A., en: Manual de Derecho Penal Guatemalteco, pp. 201-202

Este supuesto presenta un error acerca del elemento de la ajenidad de la cosa, por lo que faltaría el dolo propio del delito de hurto. Sin duda estaríamos ante un error de tipo, pero, siendo el elemento de la ajenidad un elemento normativo, porque su significado y alcance dependerá de la regulación que de las formas de adquirir la propiedad haga la legislación de derecho civil, podrá haber casos en los que no resulte tan claro si el error sobre la ajenidad es de tipo o de prohibición.

Ejemplo: Dos personas han convivido durante años y una de ellas se va a vivir al extranjero, dejándose por error un valioso reloj. El que se queda, al encontrar el reloj en un cajón seis meses después, se lo apropia creyendo que tras el paso de ese tiempo en su casa ha adquirido la propiedad del mismo. ¿Estaríamos ante un error de tipo acerca de la "ajenidad", o ante un error de prohibición?

Vayamos por partes. Por lo que respecta al primer aspecto citado, suele manifestarse por la doctrina que mientras los elementos descriptivos se aprehenden directamente por los sentidos a través de la percepción directa, los elementos normativos, al venir definidos en virtud de normas, precisan para su aprehensión de un proceso intelectual de comprensión. Como dice Roxin, "así, el dolo de la destrucción de documentos presupone en primer lugar que el sujeto por ejemplo se dé cuenta de que echa al horno un escrito junto con los periódicos viejos; si tal es el caso, debe además haber comprendido que ese escrito no le pertenece y que estaba destinado a constituir una prueba en el tráfico jurídico"[67] Como en este ejemplo puede apreciarse, el conocimiento propio del dolo en los elementos normativos (tal como el de "documento") precisa tanto de una correcta percepción de su soporte fáctico (el folio de papel) como la aprehensión del significado social y jurídico del documento (su función como vehículo para la finalidad probatoria en el tráfico jurídico).

Pues bien, siguiendo al citado autor, "la comprensión intelectual que caracteriza el dolo típico de los elementos normativos no significa una subsunción jurídica exacta en los conceptos empleados por la ley, sino que basta con que el contenido de significado social del suceso incriminado aludido con esos conceptos se abra a la comprensión del sujeto. Se habla entonces de una 'valoración paralela en la esfera del profano' ". Es decir, no es necesario un conocimiento exacto del concepto jurídico, que basta con que el autor conozca su acepción corriente y habitual. Por ejemplo, para el concepto de documento basta con que sepa que el cheque es un instrumento que sirve para el pago, o para el de funcionario público basta con que sepa que, por ejemplo, la persona en cuestión trabaja para el gobierno.

67 ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General I, p. 460.

En consecuencia, si el agente comprende la significación social el elemento normativo, según esa valoración paralela en la esfera del profano, no se dará un error de tipo, aun cuando pudiera afirmarse que concurre un "error de subsunción", el cual, a su vez podría dar lugar a un error de prohibición.

Ejemplo[68]: Es habitual en Alemania que el camarero anote las cervezas que los clientes van consumiendo trazando sucesivas rayas en el posavasos, para después hacer la cuenta y proceder al cobro de lo consumido. Un cliente, cuando el camarero no se da cuenta, borra algunas de esas rayas para ahorrarse pagar algunas cervezas.

En el presente caso, ante una acusación por delito de falsedad en documento mercantil, la alegación del sujeto de que desconocía que un posavasos podía subsumirse en el concepto de documento no excluiría el dolo del agente (es decir, no estaríamos ante un error de tipo), por cuanto, desde una valoración en la esfera del profano, el sujeto ha comprendido perfectamente que las rayas que en el posavasos hace el camarero tienen la finalidad de probar las consumiciones hechas por el cliente.

¿Cuál sería, entonces, la regla para distinguir el error de tipo del de prohibición en los elementos normativos del tipo? Podría formularse en los siguientes términos: cuando el sujeto ha aprehendido la concurrencia de los elementos típicos pero cree que esa conducta no está prohibida, estaremos ante un error de prohibición. En cambio, cuando el sujeto, debido a una errónea comprensión del significado social del elemento típico, cree que el mismo no concurre en la situación fáctica en la que actúa, estaremos ante un error de tipo.

Así, en el ejemplo que antes hemos mencionado sobre la ajenidad del reloj, tendremos que concluir en la existencia de un error de tipo excluyente del dolo, porque el agente desconocía la ajenidad del reloj, al creer que adquiría la propiedad por haber permanecido seis meses en su casa.

4.4 EL ERROR SOBRE LA DIRECCIÓN DEL CURSO CAUSAL

El error puede referirse a cualquier elemento del tipo, también, por tanto al objeto de ataque, o al curso causal. No obstante, estos casos presenta particularidades especiales que hacen aconsejable su examen por separado.

4.4.1 Error in objecto - in persona

Los supuestos de error in objecto (o in persona) se caracterizan porque el autor confunde el objeto de ataque, dirigiendo su acción contra un objeto (o una persona) distinto del que pretendía.

68 Citado por ROXIN, cit., p. 461.

Ejemplo: Un asesino ha recibido dinero por matar al empresario B. Cuando el asesino se halla apostado esperando a que su víctima salga del restaurante done su víctima está cenando, ve aparecer a una persona a quien dispara por confundirlo con aquélla, dada la similar vestimenta y fisionomía.

La regla general es que esta modalidad será irrelevante para la calificación jurídica del hecho, porque el tipo legal no individualiza la protección de la persona o del objeto de ataque en función de su identidad o su individualidad. Por ello, para el dolo de homicidio, por ejemplo, basta con que el sujeto se represente que mata a "otro", siendo indiferente para el derecho penal que ese otro sea Pedro o Juan.

En cambio, el error será relevante allí donde el legislador haya considerado relevante la identidad de la víctima o la individualidad del objeto.

Ejemplo: Un sujeto se enzarza en una pelea con otro y lo mata de un disparo, desconociendo que la víctima era el Presidente de la República (art. 403, I CP).

En este caso, el autor sería igualmente condenado por un homicidio doloso consumado –porque el Presidente de la República no deja de ser un "otro" y ello ha sido abarcado por el conocimiento del autor-, si bien cabría castigar también, en concurso ideal, por un delito imprudente (si el error fue vencible) del art. 403[69]. Si estuviéramos ante un error inverso – es decir, el sujeto cree que concurre la condición especial del objeto o persona cuando objetivamente no es así- nos hallaríamos en el ámbito de la tentativa inidónea (que precisamente se caracteriza por ese error inverso: por la creencia errónea de que concurren elementos del tipo objetivamente no presentes). Así, si un sujeto dispara creyendo matar al Presidente de la República pero mata a B, estaríamos ante un homicidio doloso consumado por la muerte de B (porque se quería matar al Presidente, y el Presidente es una persona), más una tentativa inidónea de magnicidio del art. 403 CP[70].

4.4.2 Error sobre la dirección del curso causal

El sujeto que inicia una acción dirigida dolosamente a producir un resultado puede también errar sobre la dirección que tome el curso causal por él creado, produciéndose el resultado pretendido pero por un curso causal distinto al abarcado por el dolo. La cuestión que debemos plantearnos es si ese resultado es o no imputable al dolo. Al respecto cabe plantear diversas situaciones:

a) Que la desviación llegue a excluir la imputación objetiva del resultado, al romperse la necesaria relación de riesgo entre la conducta peligrosa y el resultado producido. Ello ya ha sido objeto de estudio en la lección anterior.

69 Opinión discutida en la doctrina. Por ejemplo, MIR PUIG, cit., p. 227, castigaría sólo por el homicidio doloso consumado.
70 En igual sentido, MIR PUIG, cit., p. 227.

Ejemplo: A dispara a B con intención de darle muerte, pero B sobrevive el tiempo suficiente para ser trasladado al hospital, en el que se produce un incendio muriendo B a consecuencia del mismo.

En este caso, el resultado no será objetivamente imputable a la acción de B porque el riesgo generado por ésta no es el que se realiza en el resultado. Por ello, faltando la imputación objetiva, y con ello el tipo objetivo del delito de resultado, no se plantea la existencia de un error en el tipo subjetivo.

b) Que la desviación no excluya la imputación objetiva del resultado. Una vez afirmado el tipo objetivo, es cuando hemos de indagar si el error sobre el curso causal resulta relevante a los efectos de imputar el resultado al dolo.

Para establecer si esa desviación del curso causa es esencial, un sector doctrinal utiliza la siguiente regla: el error será irrelevante cuando el resultado se produzca en virtud de la clase de riesgo que el autor se representó con su acción[71].

Ejemplo: cuando el autor dispara con intención de matar acertando en el corazón, pero la bala se aloja en el pulmón, matando a la víctima. Aquí la clase de riesgo que da lugar a la muerte es la que el autor abarcó con su dolo (matar con un disparo) y el distinto modo de producción del resultado no conlleva un cambio de calificación jurídica ni de gravedad de la conducta.

En cambio, otro sector doctrinal asume un criterio menos estricto, y se conforma, para la imputación al dolo, con que el sujeto abarque el curso causal "en sus rasgos esenciales" (doctrina tradicional), o bien que el resultado constituya la "realización del plan" del autor (ROXIN).

Ejemplos:

- Un sujeto golpea a otro con un hacha con intención de matar, y éste muere por la infección de las heridas dado que el hacha se hallaba impregnada de una sustancia infecciosa (sin que A supiera esto).

- A arroja a B desde lo alto de un precipicio a un río caudaloso con la intención de que muera ahogado, pero B se golpea en su caída con un saliente rocoso y muere antes de caer al agua.

71 MIR PUIG, cit., p. 278, citando a Silva Sánchez. Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, "La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo", pp. 91 ss.

Tomando estrictamente los criterios propios de la teoría de la "clase de riesgo" podríamos concluir que en estos ejemplos la desviación del curso causal sería relevante, porque la clase de riesgo que el sujeto se representó (matar por los golpes el hacha, ahogamiento) no es la que ha dado lugar a los respectivos resultados (infección, golpe con las rocas). Sin embargo, en ambos casos podríamos concluir que los resultados producidos son los que formaban parte e la "realización del plan".

En cualquier caso, a mi modo de ver habría que llegar a una conclusión intermedia a ambas; en este sentido, bastaría con no tomar de modo tan estricto el criterio de la "clase de riesgo", entre otras razones porque de lo que se trata a la postre es de imputar el resultado al dolo del sujeto, de analizar si existe una incongruencia entre lo representado por él y lo acontecido realmente, y lo cierto es que en muchas ocasiones el autor de un hecho no se habrá representado con tanta concreción el curso causal. Así, quizá en el primer caso pudiera dudarse la imputación al dolo, dado lo imprevisible de esa sustancia infecciosa en el hacha (aunque ello dependerá del caso concreto), pero en el segundo supuesto, aun cuando el agente hubiera asumido la muerte por ahogamiento como la más probable, sería muy extraño que no se hubiera representado como eventualmente probable la muerte tal como se produjo.

Para el caso de que la desviación del curso causal se considerara esencial, el resultado no podría imputarse a título doloso, por lo que la solución correcta sería castigar por una tentativa de homicidio en concurso (ideal) con un homicidio imprudente (si el error era evitable).

4.4.3 Aberratio ictus

Constituye igualmente una forma de desviación del curso causal, con la diferencia de que en la aberratio ictus (error en el golpe) esa desviación conlleva que el resultado se materialice en un objeto de ataque distinto. En este sentido, este grupo de supuestos guarda similitud con el error in persona (o in objecto), puesto que en ambos casos el sujeto quiere o asume, por ejemplo, matar a A, y termina por matar a B. La diferencia es precisamente que en el error in objecto no hay desviación el curso causal, ya que el agente mata al sujeto que se representaba, errando sólo sobre su identidad. En cambio, en la aberratio ictus, el curso causal termina por dirigirse a un sujeto distinto del previsto.

Ejemplos:

a) A prepara una bomba y la pone el coche de su enemigo para que estalle cuando éste encienda el motor. En lugar de hacerlo éste, lo hace su hijo, muriendo a consecuencia de la explosión.

b) A dispara desde lejos a B, pero en ese momento se cruza C y es a éste a quien mata.

La duda de si tal error es o no relevante se plantea en los supuestos en los que ambos resultados eran objetivamente previsibles (puesto que en caso contrario faltaría ya la imputación objetiva) y en los que ambos objetos de ataque conllevan la misma relevancia típica.

Así, a sensu contrario, siempre será relevante la desviación del curso causal cuando ambos objetos tengan una diferente significación jurídica.

Ejemplo: A tira una piedra con intención de romper el cristal de la ventana y golpea en la cabeza de B que pasaba por allí.

Dentro de los casos problemáticos, existen dos concepciones distintas en la doctrina[72]:

a) *Teoría de la equivalencia:* Defendida por la doctrina más antigua y actualmente minoritaria en España y Alemania, que considera que el dolo sólo debe abarcar los elementos determinantes de su especie: A ha querido matar a una persona (B), y realmente a matado a una persona (C). Por ello, la desviación del curso causal no tiene influencia en el dolo, debido a la equivalencia típica de los objetos de ataque, por lo que la solución correcta será apreciar un homicidio consumado doloso.

b) *Teoría de la concreción:* Para la teoría de la concreción, más correcta y dominante actualmente, el dolo debe estar concretado en un determinado objeto de ataque, por lo que si a consecuencia de una desviación del curso causal esperado, se alcanza otro objeto (C) distinto del previsto (B), entonces faltará el dolo respecto a aquél. La calificación jurídica correcta sería entonces la de tentativa de homicidio con respecto a B en concurso (ideal) con un homicidio imprudente, en su caso.

A esta conclusión llega también Mir Puig partiendo del concepto de bien jurídico[73]: "La solución depende del concepto de bien jurídico que se maneje. Si por bien jurídico se entiende un valor abstracto (así "la" vida,, "la" salud, etc., como valores abstractos), será coherente la solución de estimar irrelevante el error y admitir un delito doloso consumado: porque se quería lesionar ese valor y se ha conseguido, aunque sobre un objeto material distinto. Pero si, como parece más correcto, se entiende por bien jurídico un objeto empírico dotado de ciertas características típicas que lo hacen valioso, no será relevante el error sobre características no típicas, como la identidad

72 ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General I, p. 492.

de la víctima a la que se dirige el ataque, a sabiendas de que la misma reúne las condiciones típicas -así la confusión de Juan con Pedro en el error in persona irrelevante, pero sí el error sobre la dirección del ataque al objeto empírico: será relevante que no se alcance el objeto empírico atacado (así la persona a la que se apuntó), sino a otro cercano equivalente (así, otra persona), porque en tal caso la agresión dolosa no se habrá dirigido a ese bien jurídico. Desde esta concepción del bien jurídico lo coherente es, pues, la solución de apreciar tentativa respecto del ataque al objeto no alcanzado en eventual concurso con delito imprudente – si concurre imprudencia y ésta es punible- respecto al objeto lesionado".

4.4.4 Desviaciones causales derivadas del momento de la consumación: "consumación anticipada" y "dolus generalis"

Junto a los casos ya analizados, pueden también producirse desviaciones del curso causal con respecto a lo representado por el dolo del autor referidas al momento en que se produce la consumación del hecho, pudiendo darse tanto el caso en que el resultado se produce antes de lo esperado por el autor, como casos en los que se produce después.

a) El primer supuesto es el de la llamada consumación anticipada. Son los casos en los que el autor, con una primera acción y sin representárselo produce el resultado, y continúa después con sus actos dirigidos a la producción de un resultado que objetivamente ya tenido lugar con la primera acción.

Ejemplo: Un sujeto, con la intención de matar a B por estrangulamiento, lo agarra por el cuello y lo tira al suelo violentamente, produciéndose la muerte a consecuencia del golpe recibido en la cabeza de B contra el suelo; sin que A sea consciente de la muerte, continúa ejerciendo presión sobre el cuello de B hasta que nota el cuerpo inerme.

b) El segundo grupo de casos, con la estructura inversa al anterior, se denominan dolus generalis (aunque, como veremos, esa acepción no es del todo correcta). Son aquellos en los que el autor, en la creencia errónea de haber causado el resultado perseguido con una primera acción, sin saberlo lo causa realmente con una segunda acción, destinada por lo general a ocultar la primera.

Ejemplo: A dispara a B y ante la inconsciencia de éste, A lo cree muerto. Con la finalidad de deshacerse del cadáver, lo tira por un precipicio, muriendo realmente a consecuencia de la caída.

73 MIR PUIG, cit., p. 279.

Al igual que en los grupos de casos ya analizados, la doctrina se halla dividida en torno a cuáles han de los criterios más adecuados para solucionarlos.

a) Así, un primer grupo doctrinal (tradicional) parte de considerar el resultado abarcado por un "dolo general" (de ahí la denominación que han venido recibiendo algunos de estos casos), concluyendo, entonces, que sólo existiría una acción dolosa a la que se imputaría el resultado de muerte.

b) Frente a éste, la solución correcta debe ser, de modo similar a lo que afirmamos en la aberratio ictus, la de poner el acento en la clase de riesgo que terminó por producir el resultado. Punto de vista que en estos casos por lo general llevará a la solución de apreciar una tentativa de delito en concurso con un delito imprudente, dado que nos hallamos ante dos acciones distintas y cada una de ellas genera, por tanto, un riesgo nuevo.

Así, en el caso citado de consumación anticipada, la muerte se produce por la primera acción consistente en golpear a la víctima contra el suelo, clase de riesgo que no es la que el autor se representó (fue el estrangulamiento). Por ello, la muerte sería imputable, en su caso, a título de imprudencia (siempre, ciertamente, que el autor no se hubiera representado al menos con dolo eventual que la víctima había muerto por el golpe), delito que entraría en concurso real (por cuanto estamos ante dos acciones distintas) con una tentativa de homicidio (tentativa que sería inidónea porque la víctima ya había muerto).

Y en los casos denominados como de dolus generalis, el resultado es consecuencia del riesgo creado por la segunda acción de ocultamiento, riesgo que no es el que el sujeto se representó como causante el resultado con su primera acción. Por ello el resultado habría de imputarse, en su caso, a título de imprudencia, a lo que habría que añadir, en concurso real, una tentativa de homicidio (idónea) por el riesgo creado por la primera acción, que no llegó a producir el resultado[74].

Caso Práctico

Finalidad: Problemas relativos a la desviación de curso causal

Supuestos de hecho:

1. A, sabedor de que B va a hacer una expedición de alta montaña por una zona nevada y con la intención de darle muerte, se sitúa en el monte que se halla frente a la ruta de montaña por la que pasará B con una escopeta de precisión, habiendo planeado dispararle en cuanto lo tuviera a tiro y matarle. Cuando ve pasar a B y lo tiene a tiro, A dispara, y en vez de acertarle en una zona vital como esperaba le da en el tobillo, haciendo perder el equilibrio a B que cae montaña abajo golpeándose la cabeza y muriendo por una fractura craneal.

2. Con la intención de matar a B, quien acaba de hospedarse en el hotel X y cuya propensión a la bebida A conoce, introduce éste un veneno muy potente en una botella de coñac y la vuelve a cerrar, dejándola en la habitación de B haciéndolo pasar por un obsequio del hotel, asumiendo que B se servirá un trago e la botella y morirá como consecuencia del veneno. Cuando entran B y su mujer a la habitación, ve ésta la botella de coñac y, para relejarse después del viaje, se sirve un vaso, muriendo acto seguido y antes de que B hubiera probado la bebida.

Ejercicio:

(1) Determinar si estamos ante un supuesto de desviación del curso causal, y de qué clase se trata.

(2) Plantear cuál sería la solución más adecuada para resolver ambos casos.

74 Sobre todo ello, vid. BALDÓ LAVILLA, ADPCP 1995, pp. 339 ss.

BIBLIOGRAFÍA

- BALDÓ LAVILLA, F., *Sobre las desviaciones causales: "consumación anticipada" y "dolus generalis"*, ADPCP 1995, pp. 339 ss.
- CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 1989.
- DÍEZ RIPOLLES, J.L./GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. (coordinadores), *Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General*, 2001.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., *Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales*, 1999.
- La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. *Sobre la normativización del dolo, CPC* 1998, pp. 269 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Acerca del dolo eventual, en: Gimbernat, Estudios de Derecho Penal, 1990, 3ª edición*, pp. 240 ss.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Derecho Penal, Parte General. Teoría jurídica del delito*, 1984.
- *La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo de las desviaciones causales*, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (editores), Omisión e imputación objetiva en derecho penal, Madrid, 1996
- HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia inconsciente*, 2002
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 1993, 4ª edición.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 2004 (7ª edición).
- PEÑARANDA RAMOS, E., *"Homicidio"*, en: Bajo Fernández (editor), Compendio de Derecho Penal. Parte Especial I, 2003
- QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, M., Curso de Derecho Penal. Parte General, 3ª edición, 2002.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 2ª edición, 1997.

TEMA 4

LA OMISIÓN

Rafael Alcácer Guirao
Letrado del Tribunal Constitucional
España

1 LA OMISIÓN. CONCEPTO Y FORMAS TÍPICAS DE REALIZACIÓN OMISIVA
1.1 CONCEPTO
1.2 CLASES
1.3 LA DISTINCIÓN ENTRE LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN
1.4 LOS ELEMENTOS TIPICOS DE LA OMISIÓN

2 LA COMISIÓN POR OMISIÓN
2.1 LA AUSENCIA DE CLÁUSULA EXPRESA SOBRE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL CP
2.2 LA COMISIÓN POR OMISIÓN. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN ESPECÍFICOS
2.2.1 Concepto y presupuestos. Breve evolución histórica
2.2.2 Evolución dogmática
2.2.3 La equiparación con la realización activa. La "teoría de la equivalencia estructural"
2.2.4 Grupos de casos
2.2.4.1 Función de protección de un bien jurídico
2.2.4.2 Función de vigilancia de un foco de peligro

2.3 CRITERIOS DE IMPUTACIÓN COMUNES CON EL DELITO ACTIVO
2.3.1 Elementos del tipo objetivo: la "causalidad hipotética"
2.3.2 Dolo e imprudencia en la comisión por omisión

2.4 LA TENTATIVA EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN

TEMA 4

1. LA OMISIÓN

1. LA OMISIÓN. CONCEPTO Y FORMAS TÍPICAS DE REALIZACIÓN OMISIVA

1.1 CONCEPTO

La omisión constituye otra forma de realización de los delitos junto a la modalidad comisiva. Esa posibilidad de realización omisiva puede plantearse de dos maneras distintas:

- De una parte, el legislador puede optar en el CP por la introducción de determinados delitos de omisión, en cuya regulación típica no se describe la realización de una conducta activa (normalmente descrita con una referencia causal: causar la muerte, causar lesiones, etc.), sino una conducta omisiva, un no hacer algo determinado. Así, por ejemplo, el delito de omisión del deber de vigilancia de funcionarios del art. 254 CP[75].

75 Art. 254.- Las sustracciones, destrucciones o robos que se cometan por omisión o descuido de los empleados, encargados de la custodia de un archivo u oficina pública, darán lugar a la imposición de tres meses a un año de prisión correccional, y multa de veinte y cinco pesos contra el empleado omiso o descuidado. Esta disposición es aplicable a los secretarios de los tribunales, empleados de oficinas públicas, notarios, archivistas y otros empleados, cualquiera que sea su denominación y la naturaleza del documento, auto, registro, acto, expediente y papeles que se sustraigan, destruyan o roben.

- De otra parte, la omisión constituye también una forma de realización de los tipos de resultado incluidos en los Libros Tercero y siguientes del CP, junto a la modalidad activa de producción del delio en cuestión. Así, por ejemplo, la madre que deja morir de hambre a su niño pequeño realiza un delito de homicidio (o infanticidio) igual que si lo hubiera matado activamente.

Ambas formas de abordar la omisión en derecho penal se denominan "omisión pura" y "comisión por omisión", respectivamente (también han sido llamadas "omisión propia" e "impropia", si bien optaremos por la primera acepción). En cualquier caso, antes de estudiar cada una de ellas – dedicando más atención a la segunda, pues constituye una forma de realización de delitos y, como tal, es inherente al estudio de la teoría general del delito -, debemos analizar los aspectos conceptuales que ambas tienen en común. Concretamente, el concepto de omisión.

La noción de "omisión" no debe entenderse como el concepto antónimo del de "acción", equiparando con ello omisión con "pasividad" o con "no hacer". La acción es un concepto prejurídico, omnicomprensivo tanto de comportamientos activos como omisivos, y que constituye el primer eslabón de la teoría del delito y primer presupuesto para la sanción. En cambio, la omisión es un concepto normativo, porque presupone la existencia de una norma (no necesariamente jurídica).

En este sentido, por omisión no debe entenderse la mera pasividad, en mero no hacer; omitir significa no hacer algo determinado prescrito por una norma. Así, la conducta consistente en "estar de pie" no es una omisión; podrá serlo, pero sólo cuando exista una norma que imponga hacer algo determinado. Así, si delante de la persona que está de pie hay otra que acaba de ser atropellada y se está desangrando, entonces al comportamiento del sujeto podremos calificarlo como omisión, puesto que hay una norma (jurídica o ética) que establece un deber de socorrer a los demás cuando se hallen en peligro. De hecho, rara vez existirá una real pasividad en la realización de una omisión, pues si lo relevante no es el hecho de no hacer, sino el no hacer lo que la norma prescribe, mientras se infringe la norma (mientras no se ayuda al herido), el agente puede estar realizando otras muchas acciones (fumar, correr, conducir, etc.)

El fundamento de los tipos de omisión pura, y de la posibilidad de realizar omisivamente tipos de resultado, se debe a que para garantizar su función directiva de conductas el derecho penal se sirve no sólo de normas prohibitivas de acción (que nos exigen que no realicemos conductas lesivas para bienes jurídicos), sino también normas de mandato, normas que, a diferencia de las prohibitivas, nos exigen la realización de determinadas conductas dirigidas a la protección de los bienes jurídicos.

1.2 CLASES

Como ya hemos anticipado, la omisión en derecho penal presenta dos formas de aparición:

1. Los delitos de omisión pura son conductas elevadas a delitos específicos por el legislador en la parte especial de los Códigos Penales. Se trata de delitos en los que lo que realiza el tipo no es la omisión de la evitación de un determinado resultado, sino la mera omisión de una acción que el ordenamiento jurídico ordena que se realice en aras, ciertamente, de la protección de un bien jurídico, pero sin que la producción de ese resultado constituya elemento del tipo correspondiente, ni, por ello, la efectiva evitación del mismo forme parte del contenido del mandato. Son, en otras palabras, delitos de mera actividad; o, mejor, delitos de "inactividad".

2. En los delitos realizados en comisión por omisión no estamos ante figuras delictivas reguladas de modo independiente por el legislador, sino ante formas de realización de los tipos de resultado de la parte especial. Como veremos a continuación, ello implica que la conducta realizada en comisión por omisión deberá ser subsumida directamente en los tipos legales respectivos de la parte especial. Ello ha planteado una notable discusión doctrinal acerca de la compatibilidad de esta figura con el principio de legalidad, en los casos – como ocurre en el CP dominicano- en los que no hay una cláusula legal expresa que permita dicha subsunción. La cuestión será, entonces, determinar si es precisa dicha expresa regulación por parte del legislador o, si, en cambio, la conducta puede subsumirse directamente en los tipos de la parte especial, al menos en los delitos puros de resultado, los cuales no introducen formas específicas de acción (como el robo con violencia) ni requieren ser realizados de propia mano (como las agresiones sexuales), sino que limitan la descripción típica a la producción de un resultado lesivo (como el homicidio, las lesiones o el aborto, por ejemplo).

1.3 LA DISTINCIÓN ENTRE LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN

No obstante, antes de entrar en esa cuestión, es preciso que abordemos otra previa. Desde lo acabado de afirmar, podemos concluir que lo característico de la omisión es que no se lleva a cabo la conducta exigida por una norma de mandato. Y dicha norma de mandato, si bien con un distinto contenido deóntico (se prescribe un hacer en lugar de un no hacer), puede tener un mismo cometido que la norma

de prohibición; estar dirigida, en otras palabras, al mismo fin de evitación de lesiones para un bien jurídico. Ello, a su vez, implica que, como ya habíamos afirmado, un mismo delito puede ser realizado tanto por una acción como por una omisión, por lo que es necesario establecer algún criterio para distinguir cuándo estaremos ante una acción o ante una omisión.

Los problemas de delimitación vienen dados especialmente con relación a la comisión por omisión. Ello se debe a que, en los delitos que pueden realizarse tanto por acción como por omisión, el tipo de injusto vendrá dado, en esencia, por la atribución objetiva y subjetiva del resultado a la conducta, por lo que, concurriendo en un hecho tanto una fase activa como una fase omisiva, es necesario saber si el resultado ha de imputarse a la primera o a la segunda.

En realidad, lo cierto es que, salvo casos de comportamientos estrictamente omisivos, por lo general todo comportamiento activo vendrá seguido, antes del acaecimiento del resultado lesivo, de una fase omisiva.

Ejemplo: Tras clavar una navaja a su víctima en varias ocasiones, ésta queda tendida en el suelo desangrándose, no produciéndose la muerte hasta dos horas después.

Como puede apreciarse, tras la realización de la acción en sentido estricto (asestar las puñaladas) y antes de producirse la muerte, concurre una fase omisiva en la que el recurrente, teniendo el deber de evitar la muerte de la víctima, no realiza la conducta debida de salvamento. La cuestión radica en si el resultado de muerte ha de imputarse a la acción o a la omisión.

Ese interrogante parece superfluo en el presente caso, pero hay otros en los que resolverlo puede resultar más complejo. En general, la cuestión tiene importancia porque los criterios para imputar el resultado a la acción no serán enteramente coincidentes con los que requerirá la imputación en comisión por omisión, siendo esta última operación más compleja. Por ello, cabe sentar una regla general: cuando el resultado pueda imputarse igualmente a la acción y a la omisión tendrá prioridad la imputación a la acción.

Así, en nuestro ejemplo, el autor infringe tanto la norma de prohibición (no mates), como la norma de mandato (evita el resultado), pudiendo el resultado atribuirse tanto a la fase comisiva como a la fase omisiva. Pues bien, ante esa posibilidad - y no pudiendo, por infringir el principio de non bis in idem, imputar el resultado de muerte tanto a una fase como a otra y castigar por dos homicidios-, será a la acción a la que habrá que atribuir el resultado de muerte.

Dicho esto, ¿cuál ha de ser el criterio de delimitación? La diferencia fundamental entre acción y omisión, a efectos de imputación penal, es que la acción constituye la

aplicación de energía en el mundo exterior que producirá causalmente el resultado; en cambio, la omisión no causa nada; expresado en el adagio latino: ex nihilo nihil fit, por lo que no cabrá apreciar una relación causal entre la omisión y el resultado.

Ejemplo: La persona que pone una almohada sobre la boca de su pareja enferma para que deje de respirar y muera produce causalmente el resultado de muerte; en cambio, la persona que deja de alimentar a su pareja enferma e incapaz de valerse por sí misma y la abandona en la casa cerrando con llave, dando lugar a la muerte por inanición, no causa el resultado de muerte, sino que permite que causas naturales produzcan la muerte.

En palabras de Gimbernat[76]: "en un sentido cientificonatural la omisión no causa nada, pues como se caracteriza por la ausencia de (porque no se aplica) energía, y la causalidad, en cambio, porque mediante el empleo de energía se influye materialmente en un resultado, de ahí que, desde el punto de vista de las ciencias de la naturaleza, la in-actividad, en cuanto que no pone en marcha cadenas causales en el mundo exterior, no puede influir en la producción energética de un resultado: ex nihilo nihil fit. Expresándolo con un ejemplo: si A dispara (acción) contra B y la mata, sin que C haga nada para impedirlo (omisión), el resultado de muerte habrá sido causado cientificonaturalmente por el primero, en cuanto que es él quien ha desencadenado una fuerza (el disparo) que ha producido materialmente la consecuencia del fallecimiento de la víctima, mientras que C, porque no ha aplicado energía alguna, nada puede tener que ver tampoco, desde un punto de vista estrictamente causal, con un resultado de muerte que supone, precisamente, una transformación de energía (en este caso, de disparo en muerte): de C no se puede decir, por consiguiente, que haya causado algo mediante una inactividad (mediante una no-aplicación de energía) sino únicamente que, si hubiera actuado, habría impedido (o, al menos, habría disminuido el riesgo de) el resultado de muerte".

En consecuencia, el criterio de delimitación será el de la causalidad. Así, "debe empezarse preguntando si el resultado se ha causado por una acción positiva, sea dolosa o imprudente, que constituya delito; cuando la respuesta sea positiva deberá afirmarse la presencia de un delito e acción"[77].

Como acabamos de mencionar, habrá supuestos de comportamientos estrictamente omisivos sobre los que esta cuestión no planteará dudas, pero habrá otros en los que concurran tanto comportamientos comisivos como omisivos. Las distintas posibilidades pueden ser ordenadas según el siguiente esquema:

76 GIMBERNAT ORDEIG, "Causalidad, omisión e imprudencia", pp. 196-197.
77 MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, pp. 310-311.

a) La acción precede a la omisión y ambas poseen idéntica gravedad penal

Es el caso que hemos establecido más arriba, en el cual tanto la fase activa como la fase omisiva poseen todos los requisitos típicos para poder serles imputado el resultado, y además tienen la misma gravedad. En el ejemplo del homicidio que habíamos mencionado, tanto la acción como la omisión son realizadas con dolo de matar y ambas son antijurídicas.

Siguiendo el criterio de la causalidad, en este caso el resultado tendrá que ser imputado a la acción. Es importante manejar un criterio de delimitación porque puede haber supuestos en los que delimitación no resulte tan sencilla.

Ejemplo: Caso de la novocaína. Ante una operación quirúrgica, el anestesista suministra al paciente cocaína, en lugar de novocaína, que era la sustancia indicada por la lex artis, con la consecuencia de que el paciente muere.

En este supuesto, dado que el resultado de muerte es imputable a una acción positiva con la que media una relación de causalidad (el suministro de cocaína), será atribuible a ésta, sin que deba plantearse responsabilidad por omisión, consistente en no haber suministrado novocaína.

La confusión puede surgir con facilidad en los delitos imprudentes, en los cuales la infracción del deber de cuidado que los caracteriza puede en ocasiones confundirse con una omisión. Pero no debe caerse en dicha confusión: la infracción del deber de cuidado no es, per se, una omisión, sino el incumplimiento de un deber que puede aparecer tanto en una acción como en una omisión.

b) La acción precede a la omisión pero poseen diferente gravedad penal

Más allá de ese primer supuesto, las cosas pueden resultar más complejas cuando la acción y la omisión poseen diferente gravedad penal. Podemos encontrar dos supuestos prototípicos:

aa) La acción es realizada con un menor tipo de injusto subjetivo (dolo o imprudencia)

Puede darse el supuesto de que la acción realizada en primer lugar se realice sin dolo o imprudencia, siendo en la posterior fase omisiva cuando algunos de éstos surgen.

Ejemplo 1: A conduce su vehículo sin infringir las normas de circulación, con tan mala fortuna que atropella a un peatón que está cruzando por un lugar indebido. Al salir del vehículo y ver que el peatón se halla inconsciente y con una herida en la cabeza, A, en lugar de socorrerle, opta por huir del lugar de los hechos.

En el presente caso, el resultado de muerte está en relación de causalidad con la acción consistente en conducir, si bien no puede imputarse porque no hay dolo ni imprudencia. En cambio, es en la segunda fase omisiva cuando el sujeto se hace consciente del riesgo creado (dolo eventual) y opta por huir del lugar omitiendo su deber. Por ello, como la mera causalidad no es suficiente para ello, sólo cabría atribuirle responsabilidad por la omisión posterior.

Ejemplo 2: A conduce su vehículo a mayor velocidad que la permitida y, a pesar de ver que se aproxima a un paso de cebra, no disminuye la velocidad, atropellando a un peatón a quien, debido a la oscuridad del lugar, no había visto. Al salir del vehículo y ver que el peatón se halla inconsciente y con una herida en la cabeza, A, en lugar de socorrerle, opta por huir del lugar de los hechos, plenamente consciente del riesgo para la vida que ello conlleva.

A diferencia del supuesto anterior, en este caso cabe atribuir responsabilidad penal a la acción del atropello. No obstante, esa responsabilidad penal, que se fundaría en una imprudencia, no abarcaría todo el desvalor del comportamiento, dado que la posterior fase omisiva, en la que el sujeto abandona a la víctima, es realizada con dolo de homicidio, al asumir el sujeto que la víctima morirá si es abandonada tras el atropello. Por ello, dado que no cabría aplicar un concurso de delitos, puesto que, al ser el mismo bien jurídico, estaríamos ante un bis in idem si castigáramos por ambas conductas, el resultado ha de ser imputado a la omisión, castigando por un delito doloso en comisión por omisión.

bb) La acción realizada no es antijurídica

Junto a los casos en que la fase activa se realiza con un tipo subjetivo de menor gravedad, pueden concurrir supuestos en los cuales la fase activa, que es la que fácticamente causa el resultado, se realiza amparada por una causa de justificación, tal como una situación de estado de necesidad o el ejercicio de un deber, surgiendo después una fase omisiva en la que el sujeto no realiza la acción prescrita para evitar un resultado lesivo.

Ejemplo: Ante la asistencia a un parto, el médico corta el cordón umbilical del recién nacido, después de lo cual no toma medidas para cortar la hemorragia, muriendo éste desangrado poco después.

En este supuesto, el corte del cordón umbilical, que es lo que fácticamente da lugar al desangrado, es una conducta a la que el médico está obligado, por lo que no puede considerarse antijurídica. En cambio, es la fase omisiva, en la que el médico, dolosa o imprudentemente no aplica medidas para atajar el flujo de sangre, la que debe considerarse contraria a la norma penal y, por tanto, a la que puede atribuirse el resultado y responsabilidad penal

c) *La omisión precede a la acción y consiste en la no aplicación de medidas de seguridad*

Por último, pueden plantearse casos en los que surjan dudas acerca de si estamos ante un delito activo u omisivo caracterizados porque antes de la realización de una acción causal para el resultado el sujeto ha omitido la realización de determinadas conductas encaminadas a introducir medidas de seguridad que reduzcan el riesgo de la situación.

Ejemplo 1: En un hospital se realizan diversas transfusiones de sangre a las que previamente no se les había realizado el test anti-sida, resultando estar infectada de dicho virus y provocando el contagio masivo de la enfermedad.

Ejemplo 2: El encargado de una fábrica de pinceles suministra a los trabajadores una partida de pelos de cabra, con los que aquéllos se confeccionan, sin haberla sometido a lo preceptivo proceso de desinfección, dando lugar a la propagación de graves enfermedades a los trabajadores a consecuencia del bacilo del corbunco.

Pues bien, en este tipo de supuestos el resultado debe imputarse siempre a la acción, que es la que causa el resultado, puesto que la omisión previa no es, en sí misma, jurídico-penalmente relevante. En efecto, el mero hecho de no realizar el test anti-sida, o de no desinfectar los pelos de cabra carece de relevancia penal, pues no es hasta que se realizan las transfusiones y, respectivamente, hasta que se proporcionan los pelos de cabra a los trabajadores cuando surge el peligro para el bien jurídico.

Lectura: Resumen de los criterios para delimitar la acción de la omisión

"Primero. El comportamiento será obviamente omisivo si en la conducta del sujeto no aparece ningún movimiento corporal causante del resultado típico.

Segundo. Cuando en la conducta se aprecian tanto elementos activos como omisivos, si la acción ha precedido a la omisión, ésta prevalecerá sobre aquélla cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque, al tiempo de ejecutarlo, no concurrieron dolo ni imprudencia. Si, por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejecutó ya con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento (activo y pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad, concurriendo ambos –como unidad natural de comportamiento- cuando sean igualmente graves; en el supuesto de que la acción y la omisión obedezcan a títulos de imputación distintos (imprudente una, dolosa la otra) y que los bienes jurídicos lesionados por aquéllas (por ejemplo, vida en el homicidio, solidaridad en la omisión del deber de socorro) sean distintos también, entrará en juego un concurso (por ejemplo, entre homicidio imprudente y omisión del deber de socorro dolosa). No obstante lo expuesto, si la acción que precede a la omisión viene

exigida como única correcta y posible por el ordenamiento jurídico –por ejemplo, corte del cordón umbilical durante un parto-, entonces, y aunque aquélla haya sido ejecutada con dolo, la responsabilidad penal quedará vinculada únicamente a la (comisión por) omisión (no ligadura del cordón umbilical). Tercero. Si la omisión ha precedido a la acción y se manifiesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces como aquélla, como tal omisión, es atípica en el sentido de un delio de resultado (lo más que puede integrar es una infracción administrativa…), el único comportamiento juridicopenalmente relevante de resultado será el activo causante de la lesión típica".

GIMBERNAT ORDEIG, Causalidad, omisión e imprudencia.

1.4 LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE LA OMISIÓN

Como acabamos de ver, la omisión en derecho penal se despliega en dos formas relativamente distintas, como son de una parte los delitos de omisión pura y, de otra, la comisión por omisión, que constituye una forma de realización de delitos de resultado alternativa a la comisión. No obstante, a pesar de las evidentes diferencias de ambas formas de configuración de la omisión, poseen ambas determinados elementos comunes, que habrán de estar presentes para poder afirmar la tipicidad de la omisión, ya como delito concreto, ya como modalidad de realización de un delito de resultado. Por ello, resulta procedente exponer esos elementos comunes antes de pasar a ocuparnos a continuación de la comisión por omisión.

- En el delito omisivo se plantea como primer elemento de partida la existencia de una situación típica, en la que deben darse los elementos descritos en el correspondiente tipo penal y a partir de la cual surge el deber de actuar.
- El segundo elemento será la ausencia de la acción debida, pudiendo consistir el comportamiento del sujeto, como ya hemos anticipado, desde no hacer nada, hasta realizar otra conducta distinta a la prescrita por el mandato.
- El tercer elemento básico es la capacidad actual del sujeto de realizar la conducta omitida, tanto en un sentido puramente fáctico (casos de fuerza irresistible, etc., en los que estaríamos ante una ausencia de acción) como en un sentido normativo, debiendo serle exigible la conducta: así, no sería exigible una acción que conllevará un riesgo para la propia vida del sujeto, pues el derecho penal no puede aspirar al heroísmo de los ciudadanos.

Como después veremos, en la comisión a los citados elementos será necesario añadir otros como la concurrencia de un resultado lesivo y la posibilidad de evitarlo, así como en particular, el llamado "deber de garante" y un criterio de equiparación material con la comisión que permita justificar la aplicación de la misma pena que si el resultado hubiera sido causado activamente.

2. LA COMISIÓN POR OMISIÓN

2.1 LA AUSENCIA DE CLÁUSULA EXPRESA SOBRE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL CP

Antes de entrar en el análisis de los requisitos necesarios para poder atribuir un resultado a una omisión es preciso abordar una cuestión problemática, que ha dado lugar a una importante controversia en la doctrina científica, especialmente en la española y alemana. Es la relativa a si para poder aplicar la comisión por omisión es preciso que el legislador haya incluido una cláusula específica que avale tal modalidad de realización delictiva, o si por el contrario los supuestos de comisión por omisión pueden subsumirse directamente en los tipos respectivos de la parte especial del Código Penal.

Ello es especialmente importante por cuanto el CP dominicano no posee ninguna cláusula –ni general, ni específica para grupos determinados de delitos- que incorpore la comisión por omisión, por lo que, caso de considerarse que ello es requisito sine qua non, podría argumentarse que su aplicación efectiva vulneraría el principio de legalidad[78].

Ante esta discusión se enfrentan dos concepciones doctrinales opuestas: (a) un primer grupo doctrinal que considera indispensable de cara al respeto al principio de legalidad la introducción expresa en el CP de la posibilidad de castigar por comisión por omisión, y (b) un sector que parte de la premisa que la comisión por omisión ya está regulada en la descripción típica de los correspondientes delitos de resultado. Veamos los presupuestos de que cada concepción parte:

(a) La primera de las posturas en liza, que consideraba incompatible con el principio de legalidad el castigo de la comisión por omisión sin una tipificación expresa de esa posibilidad, parte de asumir que los supuestos de omisión que deben equipararse a la comisión activa y recibir, por ello, idéntica pena, no pueden ser subsumidos en los tipos delictivos de la parte especial. Más concretamente, afirman que

78 Esa discusión ha sido muy activa en España hasta la introducción de una cláusula específica en el nuevo CP de 1995. Sobre ello, puede confrontarse HUERTA TOCILDO, Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Madrid, 1987.

en los preceptos de la parte especial no "se describen las condiciones legales que se precisan para realizar tal imputación"; por ello, "la aplicación de esos tipos legales exigía de una complementación judicial del tipo necesariamente efectuada por vía de analogía" contra reo [79].

Ello es fundamentado en una concepción de dichos tipos legales basada en dos caracteres fundamentales: los tipos de la parte especial son, de una parte, tipos descriptivos de causación, esto es, que describen sucesos causales producidos por una acción; de otra, son tipos (exclusivamente) prohibitivos. Es por esta razón por lo que una omisión, que no puede vincularse causalmente a un resultado, y cuya contrariedad a derecho responde a la infracción de un mandato de actuar, nunca podría subsumirse en el sentido literal posible del tipo legal respectivo de la parte especial; de ahí la necesidad de una tipificación expresa que venga a sancionar esa posibilidad.

(b) La segunda postura, en cambio, parte de presupuestos radicalmente contrarios: si los supuestos de comisión por omisión pueden subsumirse directamente en los tipos legales de la parte especial; si, a modo de ejemplo, la conducta de la madre que deja morir a su hijo puede semánticamente entenderse como "matar a otro", ello ha de ser porque los tipos legales no son sólo "tipos descriptivos de causación", sino que incorporan también supuestos de realización omisiva; ni son "tipos prohibitivos", sino que engloban también mandatos.

A mi modo de ver, debe otorgarse la razón al último sector doctrinal citado, y concluir que ningún inconveniente existe en subsumir directamente en los tipos penales de resultado de la parte especial – homicidio, lesiones, aborto, etc. – los supuestos de comisión por omisión. El problema central de la comisión por omisión es establecer los criterios, metodológicos y dogmáticos, que permitan llegar a una identificación entre la comisión y la realización omisiva de un delito de resultado, en el sentido de que, dado que la pena a imponer va a ser la misma, será preciso que los criterios de imputación también sean los mismos o, en su caso, equiparables en un plano normativo. El objetivo es, por emplear estos términos, asignar el mismo sentido a ambas formas de realización delictiva ontológicamente distintas. Sólo así, como digo, vendría a justificarse la imposición de la misma pena.

Los criterios dogmáticos de equiparación se buscaron primero en una misma configuración de las estructuras de imputación, si bien a partir del elemento fáctico de la causalidad; o bien en un mismo supraconcepto ontológico de acción. Posteriormente, y ante el fracaso de esa primera vía, se optó por la incorporación de un elemento adicional en la omisión: el deber de garante, que vendría a operar como una suerte de subro-

79 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO et alt., Lecciones de Derecho penal. Parte General, Barcelona, 1996, pp. 151-152.

gado de la causalidad - ausente en la omisión -, permitiendo una equiparación valorativa con la comisión. Como ha destacado SILVA, todas estas concepciones, y especialmente a partir de la introducción del elemento adicional del deber de garante, han partido, más o menos expresamente de "una premisa de muy discutible exactitud": la concepción de que los tipos de resultado de la parte especial son tipos "causales" y, consiguientemente, la estimación de que tras ellos se constituyen normas prohibitivas[80].

En realidad, como el citado autor pone de manifiesto, las conductas que contienen los tipos de la parte especial no poseen un sentido tanto descriptivo como adscriptivo; es decir, no se limitan a describir una relación causal, como a fundar los títulos de atribución de responsabilidad. Afirma, en este sentido, que "decir 'el que matare' significa por un lado mucho más que 'el que causare la muerte' y, por otro lado, algo menos, o mejor, algo diferente de eso. Con tal expresión se pretende, ante todo, ya en el lenguaje ordinario, significar a 'aquél a quien se le pueda adscribir como propio el proceso de producción de la muerte de otro'. Y para eso la causalidad no sólo no es suficiente (son precisas, además, una relación de imputación objetiva y una relación de autoría - constatación del dominio o pertenencia del hecho al sujeto -), sino que ni siquiera es necesaria. Para constatar esto último, basta con pensar, siempre en el nivel del lenguaje ordinario, en el caso clásico de la madre que deja morir de hambre a su hijo recién nacido por no amamantarle: no parece posible pensar que el ámbito de sentido posible del término español 'matar' no abarque estos casos, que no se le pueda llamar a eso 'matar' sin vulnerar las reglas semánticas del español"[81].

Por ello, para poder subsumir la conducta en el tipo respectivo no es precisa una relación causal –que no concurre en la omisión-, sino un equivalente funcional de imputación, es decir, la concurrencia de determinados requisitos, implícitamente incluidos en el tipo, que permitan concluir que el resultado puede imputarse a la omisión como si hubiera sido producido por una conducta activa. En suma, no sólo la realización del delito por comisión - en la que sí concurre esa relación fáctica de causalidad -, sino también su modalidad omisiva puede perfectamente ser sancionada en virtud de dicho título de imputación.

2.2 LA COMISIÓN POR OMISIÓN. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN ESPECÍFICOS

2.2.1 Concepto y presupuestos.

Como hemos venido afirmando, la comisión por omisión constituye una forma de realización de los tipos de resultado recogidos en la parte especial del CP. Así,

80 SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, p. 360.
81 SILVA SÁNCHEZ, Comentarios al Código Penal, pp. 453-454.

delitos como el homicidio, las lesiones, el aborto, las detenciones ilegales y en general todos aquellos delitos cuya regulación no prevea formas específicas de actuación, sino meramente la producción de un resultado lesivo, podrán ser realizados tanto por acción como por omisión.

Lo fundamental en la comisión por omisión es el hecho de que a efectos de penalidad no van a existir diferencias con la realización activa del delito, puesto que ambas van a ser igualmente subsumidas en un mismo tipo penal, sin que – a diferencia de otras legislaciones como por ejemplo la alemana- contemple el CP la posibilidad de aplicar una atenuación de la pena por la realización omisiva. Esa equiparación punitiva ha de llevar, en consecuencia, a encontrar criterios de imputación del resultado que puedan considerarse prácticamente idénticos que los que operan en el delito activo, puesto que sólo entonces, como se anticipaba, podremos estar ante una conducta idéntica a efectos jurídico-penales.

Tal cometido no es sencillo. La característica esencial de la realización omisiva, que lo diferencia de la acción es, como también hemos mencionado, que la omisión no causa el resultado en un sentido físico-naturalísta, por lo que el vínculo entre la omisión y el resultado ha de ser de carácter exclusivamente normativo. Ello dificulta establecer tal relación de imputación, por cuanto la causalidad establece el primer nexo entre el sujeto y el resultado lesivo, que permite, siquiera con carácter prima facie, individualizar el autor o autores del delito.

Ejemplo:

Imaginemos que en torno a un peatón que muere a consecuencia de un atropello concurren diferentes personas sobre las que potencialmente puede atribuirse responsabilidad: el conductor del vehículo que atropelló al peatón y que se dio a la fuga, el conductor de otro vehículo que pasó por encima del peatón una vez que había ya muerto, y un segundo peatón que vio el atropello y que no hizo nada por socorrer a aquél.

En este primer supuesto, el resultado ha sido causado por el conductor que atropelló al peatón, sin que en cambio ni el segundo atropello (puesto que la víctima ya había muerto) ni la omisión del peatón de socorrer tengan relación causalidad con la muerte. Por ello, cabe ya en este primer momento del enjuiciamiento concretar la responsabilidad penal en la primera conducta citada (sin que ello obste a que en una segunda fase del enjuiciamiento pueda ampliarse la responsabilidad penal a terceros, o incluso excluirse la del primero).

Imaginemos, en cambio, otro supuesto: en una casa en la que conviven el niño de dos años A , la madre de A, un hermano A mayor de edad y la pareja sentimental de la madre, sufre el niño una caída y queda semiinconsciente, sin que ninguno de los otros haga nada por ayudarle, produciéndose la muerte.

En este caso, ninguna de las conductas (omisivas) está en relación causal con el fallecimiento, que se ha producido por causas naturales. Por ello, carecemos de ese primer referente para concretar la responsabilidad penal. Ciertamente, los tres individuos han omitido por igual un deber básico, consistente en socorrer a un tercero que se halla en peligro, pero esa no es la cuestión; la cuestión es si alguno de ellos puede ser hecho responsable penalmente del homicidio. Es decir, que el resultado pueda imputarse a la omisión como si la hubiera causado activamente. Ante la ausencia de causalidad, cabría apelar a otro tipo de vinculaciones entre los sujetos y el bien jurídico protegido, tales como, por ejemplo, la relación materno-filial existente entre el niño fallecido y la madre. Es lo que la doctrina ha venido denominando "deber de garante" y que para algunos autores constituye el criterio esencial de atribución de responsabilidad en la comisión por omisión. Veamos con mayor detenimiento cuáles han sido los intentos de la doctrina para encontrar los criterios de responsabilidad en la comisión por omisión, comenzando por una breve reseña de la evolución dogmática.

2.2.2 Evolución dogmática

1. Hasta mediados del siglo XIX, mientras imperaba un concepto del delito de corte hegeliano y basado en la responsabilidad moral, la atribución de responsabilidad por el resultado de determinadas omisiones no planteaba un problema especial. Fue con el surgimiento de la metodología causalista y su enfoque naturalísta, que concebía el delito como la realización de un movimiento corporal que causa una modificación en el mundo exterior, cuando la omisión se convirtió en un problema para el derecho penal. Así, dado que los caracteres centrales del delito, inspirados en la metodología de las ciencias naturales, eran instancias fácticas como la acción (entendida ésta como un movimiento corporal externo) y la causalidad, la omisión, caracterizada precisamente por la falta de causalidad y por la ausencia de un movimiento corporal, no podía sino pasar a configurarse como un cuerpo extraño en el sistema penal.

2. Tras fracasados intentos de hallar en la omisión una causalidad en sentido naturalísta, la doctrina terminó por renunciar a situar la causalidad como núcleo de la responsabilidad penal en la omisión, optando por adoptar una concepción de carácter normativo – inherente al propio concepto de omisión-, pasando a concebir la esencia del ilícito de la omisión en la infracción de un deber cualificado y específico de evitar el resultado. Surge con ello la teoría del "deber de garante" que, parcialmente, imperará hasta nuestros días.

En un primer momento, los deberes de garante se concibieron en un sentido formal, a partir del trío ley, contrato e injerencia. Es decir, deberes de garante serían los determinados por la ley (tales como las obligaciones inherentes a las relaciones

paterno-filiales o al matrimonio, contempladas habitualmente en los Códigos Civiles), los surgidos en virtud de relaciones contractuales, y el deber de salvaguarda derivado de un actuar precedente que genera una situación de peligro.

Más adelante, a medida que iban surgiendo nuevas realidades sociales y que la teoría de los deberes formales de garante se consideraba demasiado limitada para abarcarlos, se desarrolló una concepción del deber de garante de carácter material, especialmente a partir de la llamada "teoría de las funciones" de Armin KAUFMANN, que incorpora una serie de fuentes del deber de garante basadas ya en el deber de proteger el bien jurídico, ya en el deber de control de la situación de peligro.

3. No obstante, por otro sector doctrinal más reciente se ha puesto en duda que el deber de garante permita trazar una verdadera equiparación con la realización activa del delito, considerando unos (Mir Puig, por ejemplo) que es insuficiente, y otros (Silva Sánchez o Gimbernt) incluso que no resulta necesario. Estos autores parten de que lo determinante para poder equiparar la omisión a la acción en los delitos de resultado es –brevemente expresado- que el omitente tenga a su cargo el control de una situación de peligro por haber asumido su vigilancia, y que permita con su omisión que ese riesgo desemboque en el resultado. Es lo que podemos denominar "teoría de la equivalencia estructural", por cuanto, a diferencia de la teoría de los deberes de garante, no se limita a buscar una mera equiparación valorativa con la acción, sino que aspira a una cuasi-identidad estructural basada en la utilización de las mismos criterios de imputación.

A continuación asumiremos dicha teoría como base para exponer los criterios de equiparación de la acción con la omisión, por considerarla la más adecuada a la exigencia de una verdadera equiparación con la realización activa del delito. No obstante, a efectos expositivos nos serviremos de la teoría de las funciones de Kaufmann

2.2.3 La equiparación con la realización activa. La "teoría de la equivalencia estructural"

Los presupuestos básicos de esta concepción han sido desarrollados con especial concreción por Enrique Gimbernat, quien ya con sus primeros escritos sobre el tema ha ejercido una influencia directa sobre otros autores de habla hispana. Esta concepción viene presidida por una pretensión restrictiva dirigida a limitar el castigo de la comisión por omisión a los casos de los que verdaderamente pueda predicarse una identidad de sentido (esto es, una identidad en las estructuras de imputación) con la acción, evitando la ampliación de la comisión por omisión a supuestos que carecen de los requisitos para esa equiparación, a que había llevado la teoría de los deberes de garante.

Sus planteamientos básicos serían los siguientes. Lo característico de los delitos activos de resultado es que en ellos el agente crea con su acción un riesgo prohibido, ya surgiendo ex novo, ya transformando un riesgo que hasta entonces era permitido en prohibido, y que ese riesgo produce causalmente un resultado. Además, para imputar ese resultado como obra del agente, es preciso poder acreditar con total certeza que tal foco de riesgo creado por el agente ha sido causa del resultado. Trasladando tales criterios de imputación objetiva al ámbito de la omisión, será entonces necesario para la equiparación estructural que la omisión del sujeto genere o aumente una situación de riesgo, y que el resultado venga determinado con total seguridad por ese foco de riesgo. Pero si, como se sabe, ex nihilio nihil fit, ¿cómo puede sostenerse que una omisión pueda crear o aumentar una situación de riesgo? Ello puede fundamentarse en que el riesgo es un concepto normativo, cuya existencia y medida ha de ser evaluada en atención no sólo a la posibilidad de producción de resultado sino también en la presencia o ausencia de medidas de precaución, a partir de las cuales puede establecerse una mayor o menor probabilidad de lesión y, normativamente, trazar la diferencia entre riesgos permitidos por el derecho y riesgos prohibidos[82].

En este sentido, y aunque puede sonar paradójico, ya Binding afirmó que también el hecho de que alguien decida asumir el control sobre una fuente de peligro conlleva un aumento potencial del mismo, puesto que esa asunción creará la expectativa de que ese riesgo está vigilado y otras posibles fuentes de vigilancia se relajarán.

Partiendo entonces de esta noción normativa, estaremos ante un aumento del riesgo cuando el encargado de vigilar un foco de riesgo no adopta las medidas de precaución a las que venía obligado y da lugar con ello a que una situación de riesgo rebase la barrera de lo permitido y pase a ser prohibido. Y podremos imputar el resultado a la omisión cuando pueda acreditarse que éste es consecuencia del riesgo prohibido.

De tal configuración, que a continuación concretaremos, se sigue que los supuestos de comisión por omisión habrán de limitarse a los casos en los que existe un foco de riesgo preexistente y absolutamente determinado sobre el que pesa un deber de vigilancia asumido por el sujeto, quedando a sensu contrario excluidos todos aquellos casos en los que el resultado se produce como consecuencia del surgimiento súbito e inesperado de un riesgo, aun cuando existiera un deber de garante extrapenal de velar por el bien jurídico puesto en peligro.

Una postura similar es la que acoge Mir Puig, quien considera que el injusto de la comisión por omisión parte de las dos ideas siguientes: a) la creación o aumento, en un momento anterior, de un peligro atribuible a su autor; y b) que tal peligro determine, en el momento del hecho, una situación de dependencia personal del bien jurídico

82 Sobre todo lo anterior, ampliamente, GIMBERNAT, Causalidad, omisión e imprudencia, pp. 191 ss; El delito de omisión impropia. Un amplio resumen de la concepción de Gimbernat ofrece SÁNCHEZ.

respecto de su causante. La creación o aumento de un riesgo imputable en un momento anterior no es todavía típica, pero permite afirmar que el omitente no es ajeno al peligro del bien jurídico, sino que es responsable de la vigilancia del mismo y está por ello personalmente obligado a evitar la lesión. Esa noción de aumento de riesgo es en Mir, al igual que en Gimbernat, de carácter normativo, en el sentido de que no ha de ser una creación causal de un foco de riesgo, sino más bien de la atribución del control del mismo por actos propios (asunción voluntaria). Y la noción de la dependencia personal de la víctima viene a acentuar que el sujeto tiene un pleno dominio de la situación, que sólo de él depende la evitación del resultado lesivo[83].

Ejemplos:

Así, estaríamos ante una comisión por omisión en el caso en que una madre deja de dar de comer a su hijo pequeño (pues constituyen en sí mismos un riesgo para su propia vida), o cuando el marido deja de proporcionar la medicación a su mujer previamente enferma, o cuando el médico después de una operación no hace nada al detectar complicaciones cardiacas en el monitor.

En cambio, no estaríamos ante una comisión por omisión cuando la madre no lleva a su hijo adolescente a urgencias después de ser atropellado en la calle, o cuando el marido no socorre a su mujer que acaba de sufrir un infarto súbito y que no podía preverse. En estos supuestos, según la concepción que venimos exponiendo, la omisión no alcanzaría a configurar esa identidad estructural que permiten equipararla a la comisión (e imponer, por tanto, la misma pena que la del delito consumado), si bien la madre y el marido podrían ser hechos responsables por otras modalidades omisivas, según la regulación que los Códigos Penales establezcan sobre delitos de omisión pura.

Ciertamente, esta solución puede resultar demasiado restrictiva en el marco jurídico dominicano, dado que no contempla el delito de omisión al deber de socorro y similares delitos de omisión pura que pudieran venir a sancionar de modo menos grave los supuestos que no alcanzan a satisfacer esos estrictos criterios de equiparación estructural con la acción, pero en los que se da una omisión de un deber de salvamento, incluso agravado por la existencia de un deber de garante. No obstante, y si bien quizá pueda admitir una versión menos restrictiva de los casos de comisión por omisión[84], esta concepción se halla en el camino correcto, pues es la única que aspira a una verdadera equiparación plena con la realización activa del delito.

En efecto, lo que caracteriza la autoría en los delitos comisivos es que el resultado lesivo puede atribuirse al autor como una obra suya. Y ello es así porque el

83 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General,* pp. 319 ss.

resultado es consecuencia de la creación de un riesgo emanado de la acción del autor, riesgo cuya existencia depende totalmente de la libre actuación del agente. Por ello, para hallar una situación idéntica en la comisión por omisión tendremos que afirmar que el autor tiene asimismo un total dominio del foco de peligro que amenaza con producir el resultado. Y para ello será necesario que al autor se le pueda atribuir socialmente el control de un determinado foco de riesgo, pero esa atribución no puede venir sólo dada por un deber formal de garante, sino que, si queremos concebir la responsabilidad de la comisión por omisión como ejercicio de la autonomía personal, tal atribución debe depender de la propia decisión del agente; debe ser consecuencia, en palabras de Silva Sánchez, de una asunción voluntaria, tácita o expresa, de adquirir el dominio de ese control, de integrar ese concreto y determinado riesgo bajo su esfera de libertad. Lo relevante de esta exigencia de identidad estructural es que al autor no puede obligársele con igual pena que la del delito activo a proteger a un bien jurídico de todos los peligros que puedan amenazarle, sino, como propugna Gimbernat, solamente de un determinado foco de riesgo previamente existente, puesto que sólo de un riesgo previamente existente y conocido puede ejercerse esa decisión de asumir su control y de integrarlo bajo su esfera de responsabilidad.

Acogiendo estos presupuestos de partida, a efectos expositivos nos serviremos a continuación de los grupos de casos desarrollados por la teoría de las funciones, siguiendo parcialmente el esquema desarrollado por Mir Puig.

2.2.4 Grupos de casos

2.2.4.1 Función de protección de un bien jurídico

Bajo este primer grupo se incluyen aquellos supuestos en los que el sujeto está obligado a proteger un determinado bien jurídico de los peligros que puedan amenazarse, fundado tal deber en determinadas relaciones especiales entre el omitente y el interés protegido.

a) *Estrecha vinculación familiar*

Las relaciones familiares estrechas –o de convivencia, asimiladas - generan un haz de expectativas de protección o salvaguarda que pueden derivar en una situación de mutua dependencia de unas personas respecto de otras. Así, la relación de los padres con los niños pequeños constituye el prototipo de esa relación de dependencia, en la medida en que los niños no pueden valerse por sí mismos y socialmente (así

como legalmente) existe la expectativa arraigada de que son los progenitores – y sólo en su defecto otras fuentes de protección- los que deben velar por la vida e integridad física de aquéllos. Más allá de ese supuesto, en el que puede afirmarse con carácter general los presupuestos de la comisión por omisión, los demás supuestos de relaciones familiares deberán ser analizados caso por caso, pues como ya hemos afirmado, lo determinante no es el hecho en sí mismo de que exista un vínculo familiar que genere un deber de garante extrapenal, sino que exista una situación de riesgo preexistente que el omitente se haya comprometido a asumir.

Ejemplo: Como ya hemos mencionado, en el caso de que la mujer no socorra al marido tras un infarto súbito e inesperado no estaremos ante una comisión por omisión, porque, aun cuando civilmente el matrimonio genere determinados deberes de ayuda mutua, ello no será suficiente para atribuir un resultado lesivo como si se hubiera causado activamente.

b) *Comunidad de peligro*

Con dicha denominación nos referimos a los casos en los que varias personas de común acuerdo participan en una actividad peligrosa, viniendo tácitamente obligadas a socorrerse entre sí. El ejemplo que suele manejarse es el de una expedición de montaña. Se entiende por la doctrina que en caso de que uno de los participantes sufra un accidente derivado del riesgo inherente a la práctica aceptada e común acuerdo, el resto de los integrantes del grupo tiene un deber de garante, fundado en la idea de que si en esos casos se asume el riesgo que comporta la actividad, ello es debido a la confianza en la posible ayuda por parte de los demás intervinientes. Ello es indudable en los casos en que uno de ellos tiene confiada una posición previa de custodia del grupo (por ejemplo, un alpinista experto que acuerda ir con un grupo de turistas), si bien en otros supuestos puede ser más dudoso.

En lo que existe unanimidad es, como pone de relieve GIMBERNAT, que "esa comunidad de peligro sólo puede fundamentar una posición de garante cuando se trata de una empresa arriesgada concertada por anticipado y no, en cambio, cuando se ha originado de una manera casual (los náufragos que se encuentran en un bote salvavidas en medio del océano no se encontrarían vinculados entre sí por ningún deber de garantía)" [85].

En realidad, el fundamento último de la comisión por omisión en estos casos, como en otros, se halla en la idea de la asunción voluntaria, que veremos a continuación.

85 GIMBERNAT ORDEIG, La omisión impropia en la dogmática alemana, p. 295

c) *La asunción voluntaria*

Este supuesto puede erigirse, en realidad, en presupuesto central de la comisión por omisión. La idea básica radica en que quien asume voluntariamente el control de una situación de peligro se convierte en garante de la misma, estando obligado a evitar que desemboque en el resultado. Además, por lo general dicha asunción del riesgo conllevará que otras posibles fuentes de salvaguarda pongan en manos de quien lo asume el pleno control del peligro, creando en consecuencia la situación de dependencia de la víctima que es inherente a la comisión por omisión.

Ejemplo: En una comunidad de vecinos vive una mujer muy anciana que apenas puede valerse por sí misma, y que viene siendo ayudada por los vecinos para labores como hacer la compra, tomar la mediación o incluso asearse, recibiendo asimismo visitas periódicas de un asistente social. Un día llega un sobrino de la señora a vivir con ella, y comunica a los vecinos que él se hará cargo de su seguridad, informando también de ello a los servicios sociales. Tras dos semanas de ser desatendida por el sobrino, la anciana muere de una complicación cardiaca provocada por la inanición.

Un supuesto discutido por la doctrina es aquél en el que una persona, sin que concurra un deber especial, inicia determinados actos de socorro, surgiendo la duda de si ello debe considerarse ya un supuesto de asunción voluntaria susceptible de generar el presupuesto típico de la comisión por omisión. Resultaría ciertamente contradictorio que mientras quien ni siquiera hace nada por socorrer a, por ejemplo, alguien que acaba de sufrir un accidente de tráfico, sea sólo castigado por una omisión pura –o incuso quede impune, si no está regulado el delito de omisión al deber de socorro-, el que quien hubiera empezado a prestar ayuda fuera castigado por homicidio por haber desistido después de continuar prestando ayuda[86].

Lo determinante en este como en otros casos es que el comenzar a prestar ayuda, como manifestación de esa asunción voluntaria, genere un aumento de riesgo por haber disminuido las posibilidades de que otras fuentes de socorro vengan a actuar.

Ejemplo: Una persona se encuentra a otra en la calle inconsciente con una herida en la cabeza y opta por trasladarla a su domicilio para atenderla allí, considerando preferible atenderla él mismo que llamar a una ambulancia o llevarla al hospital. Al cabo de unos días muerte debido a la infección de la herida.

Por lo demás, conviene poner de manifiesto que tal asunción voluntaria puede ser expresa, e incluso estar fijada en un contrato, pero ello no es imprescindible, sino que basta con que sea tácita, a partir de actos concluyentes, que hayan dado lugar

86 Así, MIR PUIG, cit., p. 323, citando a Stratenwerth.

a ese aumento de riesgo y la situación de dependencia. Por esa misma razón, la validez jurídica del contrato, caso de que la asunción voluntaria esté plasmada de ese modo, será irrelevante para que se dé el presupuesto de una comisión por omisión. Ello es resaltado por Gimbernat en los siguientes términos[87]: "Actualmente existe unanimidad en que la presencia o no de una posición de garante dentro del marco del contrato no depende de la validez de éste, sino de la llamada 'asunción fáctica' de que se va a velar por un determinado bien jurídico. Ello permite, por una parte, extender la posición de garante a supuestos en los que no se ha creado relación obligacional alguna (la baby-sitter encargada por la madre del cuidado de un recién nacido respondería de la vida y de la salud de éste, aunque el contrato fuera nulo…); y, por otra, mantener la permanencia de esa posición de garante –igualmente sobre la base de esa 'asunción fáctica'- aun después de la extinción temporal del contrato (por consiguiente: aunque haya sido contratada sólo hasta las doce de la noche, y aunque los padres no regresen del espectáculo al que han asistido hasta las dos de la madrugada, la canguro seguiría siendo garante hasta esa última hora y, si abandona al niño, respondería – como si lo hubiera causado- por los eventuales daños en su vida y salud)".

2.2.4.2 Función de vigilancia de un foco de peligro

Junto a los deberes de protección de un determinado bien jurídico, la situación de garantía puede proyectarse también hacia el control de un determinado foco de peligro, respecto del que el garante queda obligado a evitar que del mismo se deriven lesiones frente a cualesquiera bienes jurídicos.

a) El actuar precedente (o injerencia)

El actuar precedente constituye una de las fuentes del deber de garante más antiguas doctrinalmente; no obstante, es también una de las que más controversia suscita. La idea básica radica en que quien con su conducta precedente provoca una situación de peligro se halla obligado a evitar que de ella se deriven resultados lesivos, siendo responsable de los mismos en caso de su producción como si los hubiera causado por una conducta activa.

Repárese en que, de hecho, el sujeto ha ocasionado esos resultados causalmente mediante su conducta (precedente). No obstante, lo característico de estos supuestos radica en que el resultado no es imputable a esa fase activa, o bien la fase omisiva es más grave jurídico-penalmente, planteándose la cuestión de si ese actuar precedente permite imputar el resultado a la posterior omisión.Ejemplos:

87 GIMBERNAT ORDEIG, La omisión impropia en la dogmática alemana, p. 287.

a) Un conductor atropella de modo imprudente a un peatón y huye sin socorrerle, siendo plenamente consciente (dolo) de que puede morir, tal como de hecho ocurre.
a) Una persona enciende un fuego en una zona del campo habilitada para ello (conducta acorde a derecho), no obstante lo cual una ráfaga de viento hace que unas matas de hierba seca que había en las proximidades se incendien, propagándose un incendio de grandes dimensiones que lesiona a dos personas.

En principio, resulta razonable que quien haya generado una situación de peligro tenga un deber cualificado (más intenso que el que tendría otra persona) de evitar que de ese riesgo se deriven consecuencias lesivas. No obstante, más allá de eso la cuestión es si ese actuar precedente (si el atropello, si la conducta penalmente permitida de encender una hoguera) puede dar lugar a la imputación del resultado a la omisión posterior, incluso siendo ésta dolosa, como en los ejemplos propuestos (declarando la responsabilidad en comisión por omisión del homicidio doloso y las lesiones dolosas, respectivamente).

La doctrina ha ido restringiendo el alcance que el actuar precedente como frente del deber de garante tendría si fuera llevada a su máxima expresión, y desde la que podría generarse un deber de evitación del resultado por un actuar previo carente del más mínimo peligro actual (por poner un ejemplo extremo, el que fabrica una pistola quedaría obligado a evitar las lesiones que pudieran derivarse de su uso). El requisito mínimo para que el actuar precedente generara la situación de garantía presupuesto de la comisión por omisión sería que la misma creara una situación de riesgo actual y que ello hubiera sido realizado de modo consciente y voluntario por el autor (lógicamente, si la conducta es dolosa y puede imputarse el resultado a la acción no habría problemas: estaríamos ante un delito comisivo). En cambio, aquellos supuestos en los que el riesgo previo es creado fortuitamente, no habrían de generar una situación de garante.

Ejemplo: Un conductor da marcha atrás a su vehículo para salir del lugar donde estaba aparcado, atropellando a una persona que se hallaba dormida en el suelo bajo el coche, siendo imposible de ver a través de los retrovisores del vehículo. A pesar de comprobar que éste queda malherido y que hay riesgo de muerte, el conductor opta por abandonar el lugar, muriendo horas después el atropellado. En este caso, no cabría atribuir el resultado de muerte en comisión por omisión, porque el riesgo creado previamente es fortuito.

En cambio, como acabamos de decir, los supuestos en los que el sujeto crea voluntariamente la situación de riesgo serán constitutivos de una posición de garantía susceptible de dar lugar a una comisión por omisión.

Ejemplo: El trabajador de una compañía telefónica que abre una zanja en medio de una calle está obligado a vigilar que de esa situación no se deriven resultados lesivos, por lo que si una persona cae debido a no haber señalizado debidamente la zanja las lesiones serán imputables al trabajador en comisión por omisión.

Y a la misma conclusión hemos de llegar cuando con su actuar precedente el sujeto crea una situación de riesgo actual de modo imprudente. Ahora bien, aquí debería introducirse una matización: ello será así en los casos en los que la imprudencia es consciente, porque en ellos la creación de un riesgo se hace de modo consciente y voluntario. En cambio, los supuestos de imprudencia inconsciente no permitirán fundar una comisión por omisión.

Así, cuando la creación del riesgo es imprudente de modo consciente y después de la misma se produce una omisión dolosa (porque el sujeto permite, queriendo o asumiendo el resultado, que el riesgo creado desemboque en un resultado lesivo), dicho resultado le podrá ser imputado en comisión por omisión a título doloso. En cambio, cuando el sujeto no se ha representado la creación del riesgo (aunque pudiera considerarse imprudente), no podrá imputarse el resultado a título doloso en comisión por omisión, sino que sólo podrá imputarse a la acción imprudente previa, siempre que se den los requisitos de la imputación objetiva.

Por último, cabe plantearse también si una actuación peligrosa realizada en legítima defensa es susceptible de generar un deber de garante presupuesto de la comisión por omisión. Si bien hay algunos autores que responden positivamente a esa cuestión, la mayoría de la doctrina considera que quien, por ejemplo, hiere a otro en legítima defensa no genera una posición de garantía de modo tal que si omite evitar la muerte pueda ser hecho responsable de un homicidio en comisión por omisión.

b) *Deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio*

Constituye ésta quizá una de las más evidentes fuentes de la posición de garante, dado que parte de una premisa comúnmente aceptada: quien tiene bajo su esfera de dominio social una fuente de peligro (fábricas, vehículos, animales, máquinas, etc.) está obligado a vigilar esos riesgos en aras de evitar que de ello se deriven resultados lesivos. Como afirma Jescheck, "la razón radica en que la gente debe poder confiar en que quien ejerce el poder de disposición de un determinado ámbito o en un espacio delimitado, abierto a otros o desde el que cabe producir efectos sobre otros, controla los riesgos que pueden surgir de ese sector, bien sean ocasionados por estados o situaciones peligrosas, bien por animales, instalaciones o equipamientos"[88].En cual-

88 JESCHECK, tratado de Derecho penal, p. 570.

quier caso, ello no se extiende al control de ámbitos bajo el dominio de un sujeto que no son per se peligrosos. Así, no cabe atribuir al dueño de un bar responsabilidad en comisión por omisión por las conductas realizadas por los clientes dentro de ese bar, aunque hubiera podido evitarlas. Ni tampoco cabe atribuir responsabilidad al dueño del bar por el accidente de circulación sufrido por un cliente después de haberse emborrachado en su local.

c) *Deber de control de acciones peligrosas de terceras personas*

En no pocas ocasiones de la vida social determinadas personas asumen el compromiso de vigilar los comportamientos de otros que, debido a determinadas circunstancias, pueden constituir un riesgo para sí mismos o para los demás. El ejemplo prototípico es el deber de vigilancia de los padres respecto de los hijos; pero ese fenómeno es mucho más amplio: baste pensar en casos como los deberes de los funcionarios de prisiones respecto de los reclusos, de los médicos o enfermeros respecto de personas mentalmente enfermas, o incluso los deberes de vigilancia en el seno de una empresa de los superiores jerárquicos respecto de sus subordinados. Pues bien, suele considerarse que tales supuestos, o al menos algunos de ellos darán lugar a un deber de garante.

Requisito imprescindible para ello será que el deber de vigilancia abarque la obligación de controlar una específica peligrosidad que pueda emanar de la conducta del vigilado. A estos efectos, existiría indudablemente en los casos de vigilancia de niños pequeños (no sólo los padres, sino también educadores, etc.) frente a riesgos para sí mismos o para otros niños; o de vigilancia a personas cuya enfermedad mental puede dar lugar a actos peligrosos para sí mismos o para los demás; o de vigilancia de un preso peligroso que ha dado muestras de evidentes agresividad en al pasado.

En ese sentido, a medida que ese riesgo es más genérico y menos previsible se debilita el deber de garante, por lo que resulta más discutible la atribución de los resultados en comisión por omisión. Así, el funcionario de prisiones no puede ser hecho responsable en comisión por omisión de todas las acciones peligrosas que realicen los presos sometidos a su cargo.

De igual modo, cuanto mayor sea la autonomía de decisión de la persona sometida a vigilancia más difícil sería fundar una comisión por omisión, dado el principio de autorresponsabilidad que debe imperar en el derecho penal. Así, no es lo mismo que el vigilado sea un niño de dos años que un muchacho de dieciséis; en este último caso no cabrá fundar un deber de garante y, en consecuencia, no podrá declarar al progenitor responsable en comisión por omisión por posibles resultados lesivos que pueda ocasionar.

Esta cuestión de la autonomía de decisión del vigilado plantea además una duda ulterior, relativa a si la conducta omisiva del que omite su deber de control debe ser

considerada como una autoría o si, en cambio, y dado que quien en realidad realiza de propia mano el hecho típico lesivo es el sometido a vigilancia, debe ser considerada una acción de complicidad. En este sentido, cabe concluir con MIR PUIG que prima facie el principio de responsabilidad por el propio hecho debería llevar a afirmar que la omisión del que está obligado a vigilar la conducta del otro habría de ser calificada meramente como complicidad.

Ejemplo: El padre que contempla impasible cómo su hijo de catorce años golpea reiteradamente a otro niño más pequeño habría de ser hecho responsable de la lesiones en comisión por omisión únicamente a título de complicidad.

Ello, por supuesto, siempre que se dé la relación de accesoriedad limitada que exige la participación, esto es, que la conducta del vigilado pueda ser considerada típica y antijurídica.

Caso Práctico: Caso del spray limpiador del cuero

Objetivo formativo: Abordar los problemas de la comisión por omisión en un ámbito de relevante actualidad como es el de la responsabilidad penal por el producto.

Supuesto de hecho:

"Después de que durante un periodo de tiempo una empresa fabricante de productos de limpieza de cueros y otros materiales textiles hubiera comercializado unos sprays para cuero sin que desde los consumidores hubieran existido quejas, a partir de finales de 1980 se recibieron noticias en el grupo de empresas en las que se informaba que diversas personas habían sufrido daños en la salud después de utilizar dichos sprays. Esos daños se exteriorizaban, casi siempre, en dificultades respiratorias, tos, náuseas, escalofríos y fiebre. Los afectados tuvieron que solicitar, en muchas ocasiones, asistencia médica, necesitando a menudo tratamiento hospitalario de carácter estacionario, y teniendo que ser ingresados, en algunos casos, por su estado de peligro para la vida, en unidades de cuidados intensivos. Los diagnósticos daban como resultado, por lo general, la acumulación de líquidos en los pulmones (edemas).

Ante las primeras noticias de los daños personales que estaban causando sprays hasta entonces considerados inocuos, se llevaron a cabo en la empresa investigaciones internas que no consiguieron poner de manifiesto defecto alguno

de fabricación, no obstante lo cual a principios de1981 se introdujeron algunas modificaciones en *la composición del producto. Pero como, a pesar de ello, siguieron llegando noticias de ulteriores consumidores que padecían menoscabos en su salud, el 12 de mayo de 1981 tuvo lugar una reunión de crisis de la dirección de la empresa, a la que asistió el jefe del departamento de química de la empresa quien manifestó que, "de acuerdo con las investigaciones realizadas hasta entonces, no existía indicio alguno de propiedades tóxicas ni, consiguientemente, de peligrosidad de los sprays, por lo que no existía tampoco motivo alguno para retirar el producto", propuesta que fue asumida por unanimidad por la citada dirección. El producto se siguió comercializando y causando ulteriores daños a la salud a consumidores, hasta que el 20 de septiembre de 1983 se produce la intervención de la Oficina Federal de la Salud que ordena la paralización de las ventas y la retirada de los sprays que se encontraban en el mercado".*

La Audiencia Provincial de Mainz condenó a los directivos de la empresa del siguiente modo:

3 Diez lesiones dolosas cometidas por acción en relación con los consumidores afectados en su salud por sprays producidos y/o introducidos en el mercado después de la reunión de 12 de mayo de 1981.

4 Cuatro lesiones imprudentes en comisión por omisión causadas por no haber retirado el producto ya en el mercado cuando se tuvieron las primeras noticias de su nocividad y antes de la reunión del 12 de mayo.

5 Veintiocho delitos de lesiones dolosoeventuales en comisión por omisión por los daños a salud producidos a consumidores que utilizaron sprays no retirados del mercadoDichas condenas fueron confirmadas por el Tribunal Supremo alemán.

Cuestiones: Analizar cuál sería, en los supuestos de condenas por delitos de lesiones en comisión por omisión, el fundamento del deber de garante.

2.3. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN COMUNES CON EL DELITO ACTIVO

Junto a los requisitos necesarios para fundar los presupuestos de responsabilidad de la comisión por omisión, la imputación de un resultado delictivo a una omisión presupone asimismo la concurrencia de los requisitos generales de la imputación objetiva y subjetiva que también son aplicables al delito comisivo, a saber: la causalidad y la relación de riesgo en el tipo objetivo, y el dolo o la imprudencia en el tipo subjetivo.

Si bien, ciertamente, tales elementos son igualmente exigibles en el delito omisivo, pueden presentar alguna particularidad en su aplicación, que precisa de un análisis concreto.

2.3.1 Elementos del tipo objetivo: la "causalidad hipotética"

Como ya hemos afirmado, en sentido naturalísta la omisión no causa nada, puesto que no conlleva la aplicación de energía en el mundo exterior. En consecuencia, en los delitos de comisión por omisión el requisito de la relación de causalidad que preside la imputación del delito activo, no será de aplicación. En lugar de ello, para que pueda imputarse el resultado será preciso poder concluir el sujeto habría podido evitar el resultado si hubiera realizado la acción a la que estaba obligado. Es lo que la doctrina denomina "causalidad hipotética".

Según esta concepción, mayoritaria entre la doctrina de habla hispana, para que un sujeto pueda responder de un delito en comisión por omisión es preciso que la conducta a él exigida hubiera evitado con toda seguridad o, al menos, con una probabilidad rayana en la certeza, la producción del resultado. Ello permitiría establecer una relación condicional entre omisión y resultado semejante a la requerida en la comisión activa.

No obstante, otro sector doctrinal (con sus máximos partidarios entre la doctrina alemana), siguiendo la llamada teoría del incremento del riesgo, estima que la responsabilidad en los delitos de comisión por omisión no depende de que el omitente hubiera evitado con su acción el resultado disvalioso, sino tan sólo de que su omisión haya elevado las posibilidades de producción del resultado (o, inversamente expresado, que la realización de la acción omitida hubiera disminuido las posibilidades de producción del resultado lesivo)[89].

La razón debe otorgarse a la primera alternativa pues, como se ha venido afirmando, la teoría del incremento del riesgo invierte el principio de in dubio pro reo, transformándolo en un principio contra reo, dado que, existiendo dudas acerca de si la acción hubiera podido evitar el resultado, asumen la responsabilidad del sujeto (por considerar suficiente con que la omisión hubiera disminuido esa posibilidad).

89 PEÑARANDA RAMOS, E., en: Bajo Fernández (editor), Compendio de Derecho Penal. Parte Especial I, pp. 117 ss.

Lectura: Causalidad hipotética vs. teoría de incremento del riesgo

Objetivo formativo: Aprehender, de la mano de un ejemplo, las diferentes consecuencias a que llevarían esta teorías

Texto: "Un interesante ejemplo de las diferentes conclusiones a que puede conducir la aplicación de uno u otro criterio nos ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo [Sentencia del Tribunal Supremo español] 25-11-1980: El doctor O., tras una intervención quirúrgica, diagnosticó erróneamente a su paciente, el joven M. de 20 años de edad, al interpretar los síntomas que éste presentaba como producidos por una neurosis, cuando en realidad se trataba de una infección tetánica y, en consecuencia, no prescribió, como estaba indicado, que se le aplicase una vacuna antitetánica. Los peritos informaron en el curso de ese proceso penal que el tétanos es una enfermedad siempre grave y de alta mortalidad, que se cifra, aproximadamente, en un 50 % de los casos y en las hipótesis más favorables, de individuos jóvenes y de buena constitución, desciende al 20% o 25%.

En casos de esta índole la solución podría ser muy diferente según se acoja el punto de vista de quienes exigen que se compruebe la existencia de una relación condicional entre la omisión y el resultado, y los partidarios de la teoría del incremento del riesgo. Los primeros podrían llegar a la conclusión de que se tendría que haber absuelto al médico en virtud del principio in dubio pro reo, mientras que para los segundos, presupuesta su imprudencia, habría debido ser condenado, ya que en todo caso su omisión habría elevado el riesgo de que la muerte se produjera al menos en un 50%.

Esta solución, que en un caso como el citado parece en una primera impresión la más ajustada al sentimiento de justicia, tropieza nuevamente con los inconvenientes generales de la teoría del incremento del riesgo: 1º) invierte el principio de in dubio pro reo transformándolo en un principio in dubio contra reo; y 2º) convierte los delitos de resultado en delitos de peligro, en los que aquél, carente posiblemente de cualquier relación real con la omisión del autor, opera como una simple condición objetiva de punibilidad. Hay que exigir, por tanto, con la doctrina dominante, la existencia suficientemente probada de una efectiva relación entre la omisión y el resultado para que éste pueda ser imputado a aquélla"

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en: Bajo Fernández (editor), Compendio de Derecho Penal. Parte Especial I.

2.3.2 Dolo e imprudencia en la comisión por omisión

Salvando la diferente estructura objetiva existente entre la comisión y la omisión, el dolo y la imprudencia en la comisión por omisión no presentan particularidades especiales, si bien, tal como por algunos autores se pone de manifiesto, el

elemento volitivo pierde relevancia dado que no es preciso el inicio de una acción concreta, sino que basta con continuar no prestando la acción exigida. Por ello, suele ponerse el acento en el componente intelectivo del dolo. Dicho conocimiento habrá de extenderse, lógicamente, a todos los elementos del tipo objetivo: tanto a la situación fáctica que da lugar a la posición de garante, como a la situación de riesgo de producción del resultado y a la propia capacidad de evitación del mismo con la realización de la acción debida.

2.4 LA TENTATIVA EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN

En la comisión por omisión, la tentativa adoptará la forma de una tentativa acabada, por lo que no cabrá establecer una diferencia entre una fase de tentativa inacabada y otra acabada. Ello se evidencia en el hecho de que el desistimiento, que consistirá en la realización de la acción prescrita por el deber y en la consiguiente evitación del resultado, sólo puede ser activo.

Más allá de esa cuestión, lo más complejo en el ámbito de la omisión será determinar el comienzo de la realización típica; es decir, la delimitación entre actos típicos (punibles) y preparatorios (impunes). Lo característico en la omisión delictiva es que, como hemos visto, no existe ninguna vinculación causal entre la actividad del autor y el acaecimiento del resultado, por lo que no existe un iter externo encaminado progresivamente a su producción. Mientras que en la realización de una comisión puede, desde un punto de vista naturalístico, segmentarse el proceso en distintas fases externamente perceptibles, y distinguibles, de actuación (meter la mano en el bolsillo, coger la pistola, sacar la pistola, apuntar a la víctima, accionar el gatillo, etc.), por cuanto se da una aplicación de energía en el mundo exterior, y elegir de entre ellas la que será ya típica y no preparatoria, no puede establecerse, desde ese mismo nivel naturalístico, un comienzo de omisión - término en sí normativo -, por el hecho de que el no-hacer del autor es un estado permanente, el cual, no realizándose la conducta esperada, se habrá dado siempre, sin alteraciones, con respecto a ese bien jurídico. Por ello, no podrá establecerse una relación de inmediatez entre la actividad del autor y la producción del resultado, que, como hemos visto en la lección 5, es el elemento que permite dotar a una determinada fase de la acción de la relevancia cualitativa que permita considerarla como fase típica.

Dada la inexistencia de vinculación causal entre la actividad del autor y el resultado, esa inmediatez sólo podrá predicarse del acaecimiento del resultado, desde la mayor o menor inminencia temporal de producción del mismo y, por tanto, desde el mayor o menor segmento temporal de que el autor dispone para evitarlo. En otras palabras, esa progresión, el iter criminis, sólo puede basarse en el incremento de las posibilidades de producción del resultado: en el peligro, cuyo control por parte del agente es a lo que la norma de mandato obliga. Por ello, si en la acción el punto

valorativo de inflexión entre preparación y tentativa viene dado por el inicio inmediato de la conducta típica, lo que ciertamente implicará, por lo general, un mayor peligro de producción del resultado respecto de la fase anterior, en la comisión por omisión ese punto de inflexión tendrá que venir dado desde la disminución de las posibilidades de control de ese peligro.

Partiendo de esa premisa, hay, básicamente, dos concepciones doctrinales distintas:

- la primera de ellas, que podemos denominar como "teoría de la primera posibilidad de evitación", considera que la tentativa comienza ya desde el momento en que el agente a el autor puede por primera vez conjurar la situación de peligro y evitar con ello el resultado, y dolosamente omite tal acción; siendo indiferente que todavía no hubiera aumentado en forma relevante el peligro de producción del resultado lesivo. Tal como afirma uno de sus defensores: "el garante que se apercibe del peligro y resuelve permitir que se desarrolle hasta que se convierta en un resultado se encuentra ya en ese momento en la misma situación del autor activo que ha realizado todo lo necesario según su plan y sólo espera la producción del resultado". Así, "tal como el autor en la comisión ya en ese momento debería ser castigado por tentativa, debe también el garante ser punible de inmediato, incluso cuando en el aplazamiento de su intervención no se dé un aumento del peligro y cuando tuviera aún muchas ocasiones de actuar con igual posibilidad de éxito" .

- Frente a esta concepción, una segunda opción más correcta pospone el comienzo de la tentativa a cuando el omitente abandona el control sobre el foco de riesgo generando con ello la disminución de las posibilidades de evitación del resultado, e, inversamente, un aumento del riesgo. Esta concepción, defendida entre otros por ROXIN , asume el presupuesto de que sólo cuando exista un peligro relevante para el bien jurídico podremos afirmar el comienzo de tentativa en la omisión; si bien considera que se dará la presencia de un peligro, aunque no inmediato, cuando el autor abandona voluntariamente el dominio del hecho, renunciando a controlar la situación peligrosa y a evitar, por tanto, el peligro. Así, se aplica un doble criterio: la tentativa en la omisión comenzará cuando se dé un peligro directo para el bien jurídico, pero ya antes cuando, aun no existiendo todavía ese peligro directo o inmediato, el autor abandone el dominio sobre la protección del bien jurídico, quedando librado al azar el acaecimiento del resultado

89 Herzberg, citado en: ALCÁCER GUIRAO, El comienzo de la tentativa e la comisión por omisión, CPC 2001, pp. 15.
90 Cfr. ALCÁCER GUIRAO, cit., p. 23.

Ejemplo: En el caso de la madre que abandona a su hijo de pocos meses en casa decidida a no volver y sabiendo que ello le acabará provocando la muerte por inanición, el peligro inmediato de muerte no comienza hasta que empiezan a aparecer los primeros síntomas de la inanición. No obstante, la tentativa comienza ya en el momento en que la mujer abandona la casa, pues ya en ese momento es concreta la decisión de dejar el riesgo a su curso y cesar en su control.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, El comienzo de la tentativa en la comisión por omisión, Cuadernos de Política Criminal, nº 73, 2001, pp. 5-34.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ ARROYO ZAPATERO, L./ FERRÉ OLIVÉ, J.C./ SERRANO PIEDECASAS, J.R./ GARCÍA RIVÁS, N., Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 1997.

- GRACIA MARTÍN, Los delitos de comisión por omisión, en: VVAA, Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología, Madrid, 2001.

- GIMBERNAT ORDEIG, E., Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento, en: Gimbernat, Estudios de Derecho Penal, 1990, 3ª edición.

- La omisión impropia en la dogmática penal alemana: una exposición, en: Gimbernat, Ensayos Penales, Madrid, 1999.

- Causalidad, omisión e imprudencia, en: Gimbernat, Ensayos Penales, Madrid, 1999.

- HUERTA TOCILDO, S., Problemas fundamentales de los delitos de omisión, 1987.

- JESCHECK, H. H., Tratado de Derecho Penal. Parte General, 1993, 4ª edición.

- MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 2004 (7ª edición).

- PEÑARANDA RAMOS, E., "Homicidio", en: Bajo Fernández (editor), Compendio de Derecho Penal. Parte Especial I, 2003.

- QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, M., Curso de Derecho Penal. Parte General, 3ª edición, 2002.

- SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., Comisión por omisión y omisión de socorro agravada, 2005.

- SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, Barcelona, 1984.

– J. M., Artículo 11, en : Cobo del Rosal (director), Comentarios al Código Penal, Tomo I, Madrid, 1999.

TEMA 5

LA TENTATIVA DE DELITO Y EL DESISTIMIENTO

Rafael Alcácer Guirao
Letrado del Tribunal Constitucional
España

1 INTRODUCCIÓN. LA FINALIDAD DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA Y EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD
1.1 LA FINALIDAD DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA
1.2 COGITATIONES POENA NEMO PATITUR Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD
2. EL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN DE LA TENTATIVA
2.1. TEORÍAS DE FUNDAMENTACIÓN DEL CASTIGO
2.1.1 Teorías subjetivas
2.1.3 Teorías mixtas. La teoría de la impresión
2.1.3 Teoría objetiva: el peligro para el bien jurídico

3. LA REGULACIÓN DE LA TENTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL DOMINICANO

4. EL COMIENZO DE EJECUCIÓN: LA DELIMITACIÓN DE LA TENTATIVA FRENTE A LOS ACTOS PREPARATORIOS
4.1 LA TENTATIVA COMO EL "COMIENZO DE LA EJECUCIÓN"
4.2 TEORÍAS SOBRE EL COMIENZO DE EJECUCIÓN.
4.2.1 Teorías subjetivas
4.2.1.1 Planteamiento
4.2.1.2 Crítica
4.2.2. Teoría objeto-formal
4.2.2.1 Planteamiento
4.2.2.2 Crítica
4.2.3 Teorías materiales: teoría el peligro y teoría de la impresión
4.2.3.1 Planteamiento
4.2.3.2 Crítica
4.2.4 Teoría de la inmediatez o de los actos intermedios
4.2.4.1 Planteamiento
4.2.4.2 Grupos de casos

5. EL TIPO SUBJETIVO DE LA TENTATIVA

6. LA TENTATIVA INIDÓNEA
6.1. CONCEPTO

6.2. FUNDAMENTO DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA INIDÓNEA
- 6.2.1 Punto de partida. El peligro para el bien jurídico como fundamento de punición
- 6.2.2 Distinción entre inidoneidad relativa y absoluta
- 6.2.2.1 Planteamiento
- 6.2.2.2 Crítica
- 6.2.3 La peligrosidad ex ante
- 6.2.3.1 Planteamiento
- 6.2.3.2 Crítica
- 6.2.4 Conclusiones

7. EL DESISTIMIENTO
7.1 CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL. EL DESISTIMIENTO EN LA TENTATIVA IN ACABADA Y ACABADA

7.2. FUNDAMENTO DE LA EXENCIÓN DE PENA
- 7.2.1 Falta de merecimiento de la pena
- 7.2.2 Falta de necesidad de pena

7.3. REQUISITOS DEL DESISTIMIENTO
- 7.3.1 La evitación del resultado
- 7.3.1.1 La no producción del resultado
- 7.3.1.2 La imputación de la evitación del resultado
- 7.3.2 La voluntariedad
- 7.3.2.1 Teorías psicológicas
- 7.3.2.2 Teorías normativas
- 7.3.2.2 Conclusión

TEMA 5

LA TENTATIVA DE DELITO Y EL DESISTIMIENTO

1. INTRODUCCIÓN. LA FINALIDAD DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA Y EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

1.1 LA FINALIDAD DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA

Por lo general, los sistemas penales no limitan el castigo a la realización completa de los tipos penales, esto es, a la producción efectiva del resultado lesivo y desvalorado por la norma, sino que determinan como un hecho merecedor de pena también las acciones dirigidas a tal fin aunque no llegue a producirse ese resultado. En dichos casos estamos ante la tentativa de delito, caracterizada por la realización de actos dirigidos a la producción de un resultado prohibido por la norma de conducta, sin que llegue a producirse la consumación del delito.

El castigo de la tentativa de delito, así como incluso la de determinados actos preparatorios, se fundamenta en la finalidad preventiva del ius puniendi; así, en aras de una más efectiva protección de los bienes jurídicos, se castigan ya fases anteriores a la consumación para intentar evitar, mediante la función de motivación de las normas de conducta, no sólo la lesión, sino ya la realización de conductas que puedan llegar a lesionar los intereses protegidos por el erecho penal.

No obstante, dicha anticipación de la tutela penal ha de venir modulada en atención a ciertos límites de naturaleza garantísta que permitan llegar a una síntesis razonable entre esa finalidad legítima de prevención y el respeto a la libertad de actuación de la persona. Acoger como única variable la finalidad preventiva podría llevar a restringir demasiado el ámbito de libre actuación del ciudadano, castigando ya conductas muy alejadas de la lesión del bien jurídico y carentes de todo peligro para el mismo.

1.2. COGITATIONES POENA NEMO PATITUR Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Frente a la finalidad preventiva, el principio de lesividad, así como el clásico principio cogitationes poena nemo patitur (que en realidad puede entenderse como una concreción del anterior), vienen a operar como límites restrictivos de la punición. Desde el primero, como es sabido, sólo aquellas conductas que conlleven un cierto riesgo para la indemnidad de los bienes jurídicos habrán de ser sancionadas bajo pena. El segundo, por su parte, establece el presupuesto –propio del liberalismo político- de que "los pensamientos no delinquen"; es decir, que el Estado debe respetar el fuero interno de la persona, sin que resulte legítimo el castigo de la mera exteriorización de las ideas o de las intenciones criminales.

El respeto a tales principios conlleva que la regla general habrá de ser la de la impunidad de los actos preparatorios del delito, pues los mismos, en principio, carecen del peligro necesario para ser merecedores de sanción penal y forman parte del ámbito privado de actuación del sujeto. En el desenvolvimiento del iter criminis, los actos preparatorios se encuentran en una fase intermedia entre lo que puede llamarse la "fase interna" del delito (momento de ideación y deliberación por parte del autor), que indudablemente pertenece al ámbito de las "cogitationes", al fuero interno del sujeto, y la "fase ejecutiva", que entra ya en el ámbito de la tentativa típica: comprar el arma, hacerse con las ganzúas necesarias para forzar la puerta, observar el lugar donde se realizará el delito, conseguir cómplices, etc., serían ejemplos de actos preparatorios. No obstante, es habitual que esa regla de la impunidad encuentre excepciones ante casos considerados especialmente peligrosos. Tales excepciones se configuran en los códigos penales elevando a delitos autónomos determinadas conductas – tales como tenencia o venta de explosivos o de otros útiles dirigidos a la comisión de delitos -, o bien configurando formas preparatorias de intervención delictiva.

En el CP dominicano se encuentran diversos tipos delictivos que constituyen en realidad formas anticipadas de otros delitos castigadas autónomamente. Así, por ejemplo, el art. 277, bajo la rúbrica "Disposiciones comunes a los vagos y mendigos", dispone que "se impondrá la pena de prisión correccional de seis días a seis meses a los mendigos o vagos a quienes se aprehendieren disfrazados, o que lleven armas, aun

cuando no hubieren hecho uso de ellas, ni proferido amenazas contra persona alguna. Se castigará con la pena de tres meses a un año, a los que vayan provistos de limas, ganzúas u otros instrumentos que puedan servir para cometer robos u otros delitos, o que puedan facilitarles los medios de introducirse en las casas".

O, por poner otro ejemplo, en el art. 403 CP se castiga tanto el homicidio consumado del Presidente de la República, como asimismo la proposición de realización de tal delito, cuando haya habido "proposición hecha y no aceptada de formar una trama para consumar el atentado".

Por lo que respecta a la segunda alternativa de tipificación, la misma ha sido utilizada tradicionalmente por el legislador español con el castigo de las figuras de la conspiración, proposición y provocación para delinquir (arts. 17 y 18 CP) ; pero puede encontrarse también, aunque bajo otra formulación, por ejemplo en el art. 285 del CP dominicano, cuando, bajo la rúbrica de los "Delitos cometidos por medio de escrito, imágenes o grabados distribuidos sin el nombre del autor, impresor o grabador", se castiga el supuesto – muy similar a la figura de la "provocación"- consistente en que *"Si en el escrito se provocare o excitare a una o más personas a cometer crímenes o delitos".*[92]

2. EL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN DE LA TENTATIVA

Como ya hemos afirmado, la finalidad del castigo de la tentativa – así como, en general, de las conductas que no llegan a producir la lesión del bien jurídico – radica en una mayor eficacia del fin preventivo que preside el Derecho penal. Lo que a continuación debemos plantearnos, teniendo muy presente el citado principio de lesividad, es la cuestión relativa a los requisitos que deben poseer tales conductas de tentativa para hacerse merecedoras de sanción penal.

2.1 TEORÍAS DE FUNDAMENTACIÓN DEL CASTIGO

Existen diferentes teorías dirigidas a justificar el fundamento del castigo de la tentativa, cuya opción vendrá a perfilar los límites del castigo de la tentativa en cuestiones como la determinación del comienzo de la ejecución o la punición de la tentativa inidónea. Por ello, resulta importante comenzar la lección con una breve aproximación a las mismas. Si bien existen variantes y matizaciones, aplicando una división tradicional cabe enfrentar tres grandes líneas doctrinales[93].

92 Art. 17 CP: "1. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. 2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo". Art. 18 CP: "1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito".

93 Sobre ello con carácter general, véase ALCACER GUIRAO, R., La tentativa inidónea, pp. 17 ss..

2.1.1 Teorías subjetivas

Un primer sector doctrinal ha venido defendiendo una concepción subjetivista de las formas delictivas anteriores a la consumación, considerando que el fundamento de punición de las mismas radica en la reprochabilidad que conlleva la manifestación de una voluntad contraria a derecho. Lo decisivo es, así, la tendencia de la acción hacia la realización de un resultado contrario a las normas del ordenamiento jurídico. Ello se ha fundamentado desde diferentes criterios.

Por determinados autores – sobre todo de la primera mitad del siglo XX, esta concepción se intentó revestir de una base científica sobre la base de la inexistencia real del peligro. Se afirmaba que la noción de peligro no responde a una realidad objetiva, empíricamente constatable, sino que es una mera ficción fruto de nuestro desconocimiento pleno de las relaciones causales. Por ello, la no producción del resultado era la prueba irrefutable de que la conducta no había sido peligrosa, de modo que, a menos que se quisiera dejar impune la conducta, sólo cabía fundar el castigo en la voluntad del agente dirigida a tal fin.

En un sentido similar, algunos autores partieron – en la línea criminológica de la scuola positiva italiana- de la peligrosidad del autor: la acción encaminada a la lesión de un bien jurídico era expresión de la peligrosidad del sujeto, al que había que castigar para evitar una reiteración de conductas similares.

Más recientemente, se ha venido justificando en virtud del efecto motivacional de la norma de conducta, considerando que la prohibición apela a la voluntad de su destinatario, y que actos cuya realización expresan ya la contrariedad a la norma – al modo de un dolus ex re – deben ser abarcados por la prohibición y, por tanto, sancionados bajo pena. Ello ha sido especialmente defendido por Welzel y sus seguidores de la escuela finalista, llegando algunas de sus voces más radicales (Armin Kaufmann o Zielinski) a perfilar una teoría subjetiva extrema, según la cual incluso la tentativa irreal (intentar matar a alguien dándole a beber un brebaje hecho con gran cantidad de bolsas de té, por ejemplo) debía considerarse una conducta relevante para el derecho penal, por cuanto la norma de conducta que prohibía realizar actos encaminados a matar quedaba infringida, si bien, excepcionalmente podía quedar exento de pena según el arbitrio del juez.

La práctica totalidad de la doctrina ha abandonado en la actualidad la teoría subjetiva. A este respecto, existe por lo general consenso en que un requisito mínimo inapelable para considerar merecedora de pena una conducta debe ser un cierto grado de relevancia lesiva externa, es decir, que la conducta conlleve un mínimo de lesividad social, trascendiendo así la mera relación subjetiva de contrariedad a la norma. En realidad, en el centro de la discusión sobre el fundamento de punición de la tentativa late precisamente la cuestión relativa a cuál ha de ser el requisito mínimo indispensable para poder incluir la conducta en el ámbito de actuación del derecho

penal. Si, como los mismos representantes de esa concepción subjetiva extrema afirman, las normas se establecen exclusivamente para prevenir conductas lesivas para los intereses protegidos, tal fin de la norma debería ya verse representado en su contenido - y no ser sólo el motivo de su establecimiento -, exigiéndose, para considerar prohibidas las conductas, cierto grado de peligrosidad para esos intereses.

Además, el amplio margen de punición a que esta teoría aboca no puede ser razonablemente ponderado dotando, como proponen, de discrecionalidad al juez para, en el caso concreto y partiendo de su general punición, excluir la punibilidad. De una parte, no puede olvidarse que ya la prohibición de conductas bajo amenaza de pena supone una limitación del ámbito de libertad de los individuos, por lo que para que dicha limitación pueda imponerse legítimamente habrá de existir una ponderación razonable entre el detrimento de la libertad que la prohibición conlleva y el peligro que esa conducta puede generar para intereses ajenos, y venir referida, en consecuencia, a conductas que sean socialmente lesivas, lo que indudablemente no es el caso de acciones de tentativa irreal, que sólo el sujeto que las realiza las cree peligrosas. De otra parte, dejar en manos del juez la punición de las tentativas no peligrosas daría lugar a un excesivo margen de inseguridad jurídica, pues esa decisión podría venir dada por motivos que nada tendrían que ver con la relevancia de la acción para los bienes jurídicos[94].

2.1.2 Teorías mixtas. La teoría de la impresión

Bajo un planteamiento también subjetivista, si bien con una cierta objetivación (de ahí su acepción como teoría "mixta"), es mayoritaria actualmente en la doctrina alemana la llamada teoría de la impresión, la cual, partiendo de la prevención general positiva como fin de la pena, considera que la tentativa debe ser castigada cuando su realización pueda perturbar la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico, resultando menoscabada la paz jurídica.

Como representante de esta concepción, dice el autor alemán Jescheck en su Tratado de Derecho Penal: "Lo decisivo para la punibilidad de la tentativa es la voluntad del autor contraria a Derecho, pero no como un fenómeno en sí mismo, sino entendida en sus efectos sobre la comunidad. La confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico, como uno de los poderes que configuran objetivamente la vida social, se perdería si quedara impune quien se ha propuesto seriamente realizar un delito grave y ha dado principio a la ejecución … También cabe que un hecho que no puede consumarse porque el autor no reparó en un obstáculo insalvable tenga tales efectos, pues, en todo caso, el autor se ha mostrado capaz de

94 Cfr. sobre esas críticas ALCÁCER GUIRAO, R., La tentativa inidónea, p. 80.

realizarlo y la ausencia de resultado puede deberse al azar. En el menoscabo del sentimiento de una paz jurídica asegurada se encuentra el daño causado a la comunidad tanto por la tentativa idónea como por la tentativa inidónea[95].

Como punto de partida, la teoría de la impresión establece el presupuesto correcto de que para que una conducta sea penalmente relevante debe crear un conflicto en la sociedad; debe, en otras palabras, alterar la convivencia social. Ahora bien - y como luego se reiterará -, más allá de ese punto de partida la teoría de la impresión no logra aportar un criterio de justificación del castigo de la tentativa que permita establecer una clasificación nítida entre conductas penalmente relevantes y no relevantes, puesto que opera con criterios genéricos no susceptibles de aplicarse al caso concreto. En efecto, la comprensión del delito - de la tentativa - como "quebrantamiento de la confianza de la vigencia del ordenamiento" o "conmoción de la paz jurídica" no es otra cosa que un conjunto de definiciones genéricas de lo que, a partir de los presupuestos de la prevención general positiva, debe, en abstracto, considerarse punible, sin ningún grado de concreción, ni por tanto de aplicabilidad dogmática o delimitadora de lo punible[96].

2.1.3 Teoría objetiva: el peligro para el bien jurídico

Frente a las anteriores, las teorías de signo objetivo ponen el acento en la potencialidad lesiva de la acción, fundando el merecimiento de pena de la tentativa de delito en el peligro de la acción para el bien jurídico. Dentro de esta concepción coexisten también diversas posturas, determinadas en función de los criterios de enjuiciamiento del peligro empleados, y que darán lugar a un diferente ámbito de punición de las conductas de tentativa; en particular respecto de la cuestión del castigo de la tentativa inidónea. Cuando nos ocupemos de esta figura serán destacadas esas diferentes versiones de la presente concepción.

Baste poner de relieve ya en este momento que estas concepciones básicas acerca del fundamento de punición de la tentativa tienen una relación directa con la concepción que a su vez de sostenga sobre el fin básico del derecho penal. Así, quienes partan de un entendimiento del derecho vinculado a la conformación de valores morales, o de fomento de la actitud interna, tenderán a una fundamentación subjetivista de la tentativa, con un mayor adelantamiento de punición. En cambio, quienes acojan como finalidad esencial del derecho penal la protección de bienes jurídicos limitarán el castigo de las conductas de tentativa a los supuestos en los que al menos con la acción se genera un riesgo para el bien jurídico, excluyendo del ámbito de lo punible conductas que sólo manifiestan una intención criminal exenta de peligro en el caso concreto.

95 JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, p. 465.
96 Cfr. sobre esas críticas ALCÁCER GUIRAO, R., La tentativa inidónea, pp. 258 ss

Lectura: Resumen sobre las concepciones de fundamentación de la tentativa

Objetivo formativo: Obtención de una síntesis sobre los planteamientos básicos de la justificación del castigo de la tentativa y de sus implicaciones.

Texto:

¿Por qué castiga la ley conductas que no llegan a la lesión del bien jurídico protegido? Si, por ejemplo, la ley quiere evitar que se mate, ¿por qué castigar el disparo que no alcanza a la víctima y no le da muerte? Tres grupos de teorías tratan de responder a esta pegunta por caminos distintos…

A) Las *teorías objetivas* sostienen que la razón del castigo es la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Ello explicaría que, aun dirigidas por una misma finalidad subjetiva, se castiguen de diversa forma la preparación (cuando es punible), la ejecución imperfecta y la consumación. La razón sería la mayor o menor proximidad objetiva respecto de la lesión del bien jurídico. Este punto de vista objetivo fue característico de la doctrina penal liberal del siglo XIX (así, Feuerbach en Alemania y Carrara en Italia) y en nuestro país [scil.: España] constituye la opinión mayoritaria. Sus consecuencias político-criminales son:

1 El principio de impunidad de los actos preparatorios, puesto que se hallan objetivamente demasiado lejos de la lesión del bien jurídico (insuficiente peligrosidad objetiva).

2 La menor punición de la tentativa respecto de la consumación, ya que objetivamente es menos grave la puesta en peligro que la lesión del bien jurídico.

3 La impunidad de la tentativa absolutamente inidónea, porque no resulta objetivamente peligrosa.

B) Las *teorías subjetivas* ven el fundamento de la pena de las fases anteriores a la consumación en la voluntad contraria a derecho manifestada. Faltando la lesión del bien jurídico, lo decisivo sería la dirección de la voluntad hacia dicha lesión, en cuanto se manifiesta externamente. Este punto de vista subjetivo se defendió en Italia por la Escuela Positiva (Garofalo) y, en parte, gracias al finalismo de Welzel, se halla hoy ampliamente extendida en Alemania. De mantenerse en su forma pura - lo que no suele suceder- sus consecuencias político-criminales serían:

1 Una tendencia a la ampliación de la esfera de los actos ejecutivos punibles, adelantando el momento de su comienzo, a costa de reducir el ámbito de los actos preparatorios impunes. La razón sería que ya desde el principio se manifestaría la voluntad criminal.

2 Igual punición de tentativa y consumación, pues la ausencia del resultado no supone una voluntad delictiva menos disvaliosa.

3 Punición de la tentativa absolutamente inidónea, puesto que la inidoneidad objetiva no empece a la presencia de una perfecta voluntad criminal.

C) Las *teorías mixtas*, mantenidas en la actualidad por un importante sector de la doctrina alemana (así Jescheck), parten de la voluntad delictiva como fundamento del castigo, pero creen necesario limitar éste por exigencias objetivas, como la de que el hecho produzca una conmoción de la colectividad (teoría de la impresión o conmoción). En otras palabras, el objeto de la punición sería la voluntad, pero el merecimiento de pena lo decidiría la conmoción en el sentimiento de seguridad de la colectividad. Las consecuencias político-criminales de esta perspectiva serían:

1 La adopción de criterios objetivos para la delimitación de actos preparatorios y actos ejecutivos: sólo se deben castigar los actos que producen ya una objetiva conmoción social.

2 La atenuación facultativa de la pena de la tentativa: según se aminore o no la conmoción social.

3 La impunidad de la tentativa irreal, porque no determina alarma social alguna".

MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, pp. 336-337.

3. LA REGULACIÓN DE LA TENTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL DOMINICANO

La tentativa de delito aparece regulada en los artículos 2 y 3 del CP dominicano en los siguientes términos:

Art. 2: "Toda tentativa de crimen podrá ser considerada como el mismo crimen, cuando se manifieste como un principio de ejecución, o cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su propósito por causas independientes de su voluntad, quedando estas circunstancias sujetas a la apreciación de los jueces".

Art. 3: "Las tentativas de delito no se reputan delitos, sino en los casos en que una disposición especial así lo determine".

Dicha regulación incorpora los siguientes puntos de partida:

a) En lo tocante a la penalidad, establece el legislador dominicano una equiparación de la pena de la tentativa y de la del delito consumado en la modalidad delictiva más grave de los "crímenes", limitando, sin embargo, el castigo de la tentativa en los "delitos" a los casos en los que la ley así lo disponga expresamente.

b) Se introduce también una diferenciación entre la tentativa inacabada (dar principio a la ejecución) y acabada (no lograr la consumación a pesar de haber realizado cuanto estaba de parte del agente).

c) Se introduce un criterio objetivo en la definición del comienzo de la realización típica, con la clásica fórmula de "principio de ejecución".

d) Se regula la figura del desistimiento, como los supuestos en los que, a sensu contrario del de la descripción típica, el resultado no se produce por causas dependientes de la voluntad del agente.

e) Por último, se incluye también una mención a las facultades discrecionales de los jueces de las circunstancias que configuran la tentativa, inclusión que, a mi juicio, posee carácter puramente retórico[97].

97 Apelando al principio de vigencia, podría considerarse que esa facultad discrecional va referida a la equiparación de la penalidad de la tentativa y el delito consumado, asumiéndola como meramente facultativa. No obstante, dado que el CP dominicano no introduce una regla de punibilidad de la tentativa de los crímenes – ni con carácter general ni referida a los delitos en particular -, debería concluirse que la facultad discrecional de determinar la pena de la tentativa alcanza todo el marco de penalidad: desde la pena máxima por delito consumado hasta la impunidad.

4. EL COMIENZO DE EJECUCIÓN: LA DELIMITACIÓN DE LA TENTATIVA FRENTE A LOS ACTOS LA PREPARATORIOS

4.1 LA TENTATIVA COMO EL "COMIENZO DE LA EJECUCIÓN"

La general impunidad de los actos preparatorios da lugar a la necesidad establecer un criterio que permita diferenciar el comienzo de la tentativa de los actos preparatorios, pues viene a trazar la línea de separación entre la impunidad y la relevancia penal. Como acabamos de ver, el CP dominicano acoge la fórmula del "comienzo de la ejecución", proveniente del Código Penal francés de 1810 y de carácter eminentemente objetivo.

Ese carácter objetivo se traduce en el presupuesto básico de que sólo los hechos exteriores ya subsumibles en la descripción típica del delito respectivo, y no la fase preparatoria de ideación y deliberación del delito, pero tampoco la fase externa de preparación previa a la conducta típica, puede considerarse como un comportamiento relevante para el derecho penal. En este sentido, por tal noción debe entenderse, en el sentido formal que impone el principio de legalidad penal, el comienzo de ejecución del tipo penal correspondiente. Ello implica que para establecer el tipo legal de la tentativa será preciso siempre contar con la respectiva descripción típica del crimen o delito en cuestión. Así, por ejemplo, la tentativa de homicidio consistirá en comenzar la ejecución de actos que ya pueden subsumirse bajo la conducta descrita como "matar a otro" (art. 295 CP). De este modo, actos como comprar el arma, acechar a la víctima o apostarse en el lugar desde el que horas después se disparará no constituyen un comienzo de ejecución del homicidio, pues no pueden definirse como "comenzar a matar". Dicha fórmula, y su vinculación al principio del hecho y al principio de legalidad, responde a una determinada fundamentación ideológica, inspirada en los postulados del liberalismo político y la separación entre derecho y moral.

Lecturas. Sobre la fundamentación ideológica de la fórmula del comienzo de la tentativa como "dar comienzo a la ejecución"

Objetivo formativo: Establecer la vinculación de la fórmula legal y dogmática sobre el comienzo de la tentativa con sus presupuestos ideológicos.

Texto 1°:

El citado 'dar principio a la ejecución' es en última instancia un producto de las ideas de la Revolución Francesa aplicadas al comienzo de la tentativa. Aquí se refleja la constante preocupación del liberalismo de defender al individuo frente al poder del Estado. La distinción radical que el pensamiento liberal establece entre Moral y Dere-

*cho, afectando la primera a la esfera interna del individuo, mientras que el Derecho se ocupa sólo de los actos que se han exteriorizado, obliga considerar impunes los pensamientos y las resoluciones delictivas, en tanto no se manifiesten en actos encaminados a la comisión del delito. También la ideología liberal exige la limitación de la punición a los actos ejecutivos, por ser más próximos a la consumación del delito, excluyéndose la punición de aquellos actos que, por su lejanía, pudiesen dar lugar a la posible arbitrariedad judicial y la consiguiente inseguridad jurídica La distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, considerando conformadores de la tentativa sólo a los segundos, mientras los primeros permanecen impu*nes, es, pues, coherente con las ideas del Estado liberal de derecho, sobre todo la seguridad jurídica de los ciudadanos ante el poder del Estado. Aun en el caso de que las acciones preparatorias comporten la expresión evidente de una voluntad de delinquir, de un autor peligroso para el derecho, deben permanecer impunes, y la razón de esa impunidad se debe a los posibles abusos que su punición podría levar consigo, es decir, razones de inseguridad jurídica, intolerables desde el punto de vista del Estado de derecho''[98].

FARRÉ TREPAT, Elena, La tentativa de delito, p. 140

Texto 2°:

''La fórmula del ''comienzo de ejecución'', presente en el actual Código Penal, surgió con el Código francés de 1810, auspiciado como plasmación de las ideas que sobre la labor punitiva del Estado implantaron los pensadores ilustrados de la Revolución francesa. La ideología liberal en que confluían dichos pensadores dotaba al Derecho penal de muy diversos principios que el propio del antiguo régimen. Éstos se caracterizan por dos notas fundamentales, que son en realidad las que caracterizan al liberalismo como doctrina política: en primer lugar, una estricta separación entre Derecho y Moral, entre el ámbito de organización pública y el ámbito de decisión privado; en segundo lugar, primacía axiológica de la libertad del individuo frente a los intereses colectivos o estatales. A partir de estos dos principios puede reconstruirse el sostén ideológico en que se asienta la fórmula del ''dar principio a la ejecución'', y, en general, la exigencia misma de limitar la punición a los actos ejecutivos. Por un lado, con ello se pretende excluir tajantemente del ámbito de lo penalmente relevante la llamada fase interna del iter criminis, en cumplimiento de la estricta separación del Derecho y la Moral. El Derecho del Estado no puede entrometerse en el fuero interno del individuo, ni para conformar sus convicciones morales, ni para castigar por razón de dichas convicciones. El aforismo de Ulpiano cogitationes poenam *nemo patitur puede elevarse, así, a un principio liberal: en tanto los pensamientos no se han exteriorizado en acciones son completa-*

98 FARRÉ TREPAT, Elena, La tentativa de delito, Barcelona, 1986, p. 140.

mente irrelevantes para el Derecho penal. Pero dicha exteriorización, la manifestación externa de dichas resoluciones, tampoco pueden per se ser objeto de castigo. A tenor del segundo principio citado del programa liberal, la preeminencia valorativa de la libertad del individuo frente a intereses supraindividuales, el Derecho penal sólo podrá prohibir y castigar acciones que atenten directamente contra la esfera de intereses de terceros; la libertad sólo podrá coartarse cuando se haya atentado contra la libertad de un tercero. Desde un punto de vista material, ello llevará al principio de lesividad: sólo acciones que lesionen o sean peligrosas para intereses ajenos podrán ser castigadas; desde el aspecto del comienzo de ejecución, ello implicará una proximidad directa al momento de incidencia en el bien jurídico protegido. Además, del citado presupuesto liberal de protección de la libertad individual incluso frente al Estado surge la exigencia al legislador de un máximo de seguridad jurídica, para evitar la arbitrariedad judicial. Así, la exigencia de un comienzo de ejecución persigue también satisfacer esta garantía, impidiendo adelantar la punición a momentos todavía muy alejados de la consumación, respecto de los cuales será dudosa su conexión con el delito".

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, Tentativa y formas de autoría, pp. 18-19.

No obstante tal pretensión de seguridad jurídica, dicha definición típica de la tentativa no permite llegar a una delimitación nítida entre actos ejecutivos y preparatorios, puesto que en realidad no ofrece un criterio definido de diferenciación, sino una mera descripción genérica y, hasta cierto punto tautológica, que es preciso dotar de contenido. A tal fin se han venido desarrollando diversas teorías, que exponemos a continuación.

4.2 TEORÍAS SOBRE EL COMIENZO DE LA EJECUCIÓN

4.2.1 Teorías subjetivas

4.2.1.1 Planteamiento

La concepción puramente subjetiva, que ya no es sostenida en la actualidad, considera que la tentativa punible depende enteramente de la representación del autor, en el sentido de que estaríamos ya ante actos penalmente relevantes cuando el mismo sujeto asumiera que ya está realizando actos dirigidos al resultado perseguido y esenciales según su plan.

Dentro de esta línea doctrinal, existen también planteamientos menos radicales; así, la concepción basada en el "dolus ex re", que considera comenzada la tentativa cuando de los actos realizados pueda ya inferirse la dirección delictiva de la conducta. El mismo punto de partida acoge la concepción clásica que distingue entre la "equivocidad" y la "univocidad" delictiva.

4.1.2.1 Crítica

Ciertamente, a esta concepción le asistiría la razón al poner de manifiesto que para la determinación del comienzo de la tentativa es fundamental contar con el plan o la representación del autor, puesto que un mismo acto puede ser o no un inicio inmediato del delito según cómo sea dicho plan.

Ejemplo: La acción de apuntar a la víctima con la pistola puede ser un mero acto preparatorio si el autor está únicamente probando puntería y eligiendo el lugar desde el que disparará la semana siguiente, o el inicio de la tentativa de homicidio si se dispone a disparar en ese momento.

No obstante, con estas concepciones subjetivistas –en particular con la primera de ellas- se deja en manos del propio sujeto la determinación del comienzo de lo penalmente relevante, y viene en realidad a castigarse la mera intención contraria al ordenamiento jurídico, sin atener a la aptitud objetiva de la acción para lesionar los bienes jurídicos. Supone, en suma, un exacerbado adelantamiento de la punición.

4.2.2 Teoría objetivo-formal

4.2.2.1 Planteamiento

La llamada teoría objetivo-formal es quizá la más restrictiva de las teorías que se afanan por establecer el comienzo de la ejecución del delito. Según esta concepción (que ha encontrado un amplio apoyo en la doctrina jurídico-penal española) sólo serán actos de tentativa aquellos que realicen la acción descrita por el tipo legal correspondiente, esto es, "cuando la conducta del autor pueda conjugarse conforme al verbo típico"[99]. Expresado inversamente, todos aquellos actos que queden fuera del sentido del verbo típico serán considerados actos preparatorios. Así, no estaremos ante una conducta típica y, por tanto, de tentativa, hasta que la acción del autor no pueda considerarse, por ejemplo, como "matar", como "robar" o como "estafar".

4.2.2.2 Crítica

Se ha afirmado que esta concepción respeta al máximo el principio de legalidad, al limitar el ámbito de lo punible a la estricta realización del verbo típico. En cualquier caso, lo cierto es que, en cuanto a su práctica, en realidad no aporta criterios para determinar el comienzo de ejecución, sino que lo que hace es modificar el interro-

99 OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, Derecho Penal, Parte General, 2ª edición, 1986, p. 445.

gante: la respuesta que da a la cuestión de cuándo comienza la fase ejecutiva es: cuando dé comienzo la realización del verbo típico; con lo que la respuesta se formula con otro interrogante: ¿cuándo comienza el verbo típico? Ejemplo: ¿cuándo se comienza a matar?, ¿al sacar la pistola, al apuntar, al disparar?

Además, en lo relativo a sus consecuencias, se le objeta que lleva a un estrechamiento excesivo del ámbito de la tentativa, pues la realización del verbo típico comprende con frecuencia actividades que representan ya el último acto de la conducta típica previo al resultado. Ello es indudable en los delitos de comisión instantánea, caracterizados porque el verbo típico describe ya el mismo resultado ("matar", "lesionar", etc.); pero también en los delitos de actividad, en los que en la descripción típica no existe un resultado espacio-temporalmente separado de la acción.

Así, por ejemplo, devendría prácticamente imposible encontrar un espacio para afirmar una tentativa en el delito recogido en el art. 184 del CP dominicano: ("Los funcionarios del orden administrativo o judicial, los oficiales de policía, los comandantes o agentes de la fuerza pública que, abusando de su autoridad, allanaren el domicilio de los ciudadanos…"), porque la acción típica de "allanar" configura la finalización del hecho típico y, por tanto, su consumación.

Desde un punto de vista político-criminal, una concepción tan restrictiva de la tentativa es criticada por dejar impunes un amplio abanico de conductas que, situadas en la fase inmediatamente anterior a la realización del verbo típico, son merecedoras de sanción penal.

4.2.3 Teorías materiales: teoría del peligro y teoría de la impresión

4.2.3.1 Planteamiento

En la idea de evitar el "formalismo" de la teoría objetivo-formal, se plantearon por la doctrina alternativas de carácter "material", pretendiendo vincular el inicio de la realización de la tentativa con criterios relativos al fundamento del castigo, apelando, en particular, al peligro para el bien jurídico. La tentativa comenzaría, así, cuando la acción conlleve ya un peligro para el bien jurídico. Las tempranas críticas a esta concepción, relativas a que el peligro es un continuum que no puede seccionarse en grados, y que en la tentativa el peligro va en aumento desde el primer acto preparatorio hasta el momento en que se produce la consumación, por lo que acciones muy alejadas de la realización del tipo pueden generar un considerable peligro, obligaron a sus partidarios a encontrar calificativos para concretar tal criterio, pasando a establecer exigencias añadidas como que el peligro fuera "serio", "elevado", "inmediato" o "directo".

Dentro de las concepciones basadas en fundamentos materiales, en la doctrina alemana se ha manejado la teoría de la impresión como criterio para establecer el comienzo de la tentativa. Junto a algunos autores que han manejado directamente la idea de "la conmoción social" como punto de partida, entendiendo que la tentativa comenzará cuando la acción, a juicio de un observador imparcial con una representación media de la realidad social, generara ya esa conmoción en la vigencia social del ordenamiento, otros autores han intentado perfilar criterios más concretos y menos normativizados. Así, por ejemplo, Roxin adopta la esfera de la víctima como elemento para determinar el momento en que haya de tener lugar esa "impresión": estaremos ante el comienzo de la tentativa en el momento en que la acción incida directamente en la esfera de la víctima[100].

4.2.3.2 Crítica

Frente a la primera concepción, suele oponerse que el criterio del peligro para el bien jurídico, aun con las citadas concreciones, no es adecuado por sí solo para resolver el problema del comienzo de ejecución. Ello se debe a que el establecimiento de una diferencia cuantitativa o cualitativa basada en el grado de riesgo en cada momento en que va desenvolviéndose la acción está abocado al fracaso, dada esa continuidad. Además, sin atender a otros factores basados en la descripción del tipo legal, el criterio del peligro pecaría tanto por exceso, ampliando el marco de lo punible a conductas aún preparatorias en las que pudiera afirmarse ya un cierto grado de peligro, como por defecto, considerando como no ejecutivas conductas indudablemente típicas, siempre que no revelaran un peligro directo o serio.

Ejemplo: un sujeto quiere matar a otro en sucesivas dosis de veneno, siendo cada una de ellas por separado inocua.

Según esta teoría hasta que no existiera un concreto riesgo para la vida no podría haber un comienzo de ejecución del delito de homicidio, con lo que las primeras dosis (que sin duda podrían calificarse ya como "comenzar a matar" y, por tanto, serían acciones de tentativa desde la restrictiva teoría objetivo-formal) habrán de considerarse como actos preparatorios.

Por lo que respecta a la teoría de la impresión, la mayoría de la doctrina ha criticado que el grado de abstracción y generalidad de nociones como "impresión" o "conmoción social" la hacen inservible para erigirse en un criterio válido en la práctica. En última instancia ese tipo de formulaciones genéricas, al no aportar reglas concretas al aplicador del derecho, dan lugar a que la decisión del comienzo de la ten-

100 Sobre la concepción de Roxin, véase ALCÁCER GUIRAO, Rafael, Tentativa y formas de autoría, pp. 27 ss.

tativa quede en cada caso en manos de la discrecionalidad del juez, abriendo puertas y ventanas a la inseguridad jurídica.

La propuesta de Roxin, por su parte, tiene la ventaja de que sí aporta un criterio más manejable en la práctica – a pesar de que la noción de la "esfera de la víctima" queda por definir -, y vinculada además al bien jurídico individual, en lugar de a ese informe sentimiento social acerca de la vigencia de las normas; no obstante, no podrá ser de aplicación en todos aquellos casos en los que no exista una concreta víctima individualizada, como en los delitos que lesionan bienes jurídicos colectivos. El mismo Roxin reconoce ese hecho y opta por complementar su concepción con la teoría de la inmediatez, que pasamos a ver a continuación.

4.2.4 Teoría de la inmediatez o de los actos intermedios

4.2.4.1 Planteamiento

La concepción dominante en la doctrina alemana, y con numerosos partidarios en la española, es la llamada teoría de la inmediatez o de los "actos intermedios". Al igual que la teoría objetivo-formal, parte, en lugar de criterios materiales como el peligro, de la descripción típica del delito, si bien para evitar las objeciones vertidas sobre aquéllos relativas al excesivo estrechamiento del ámbito de lo penalmente relevante, anticipa el momento del comienzo de la tentativa a los actos inmediatamente anteriores a la realización del verbo típico.

Así, su formulación podría ser la siguiente: estaremos ante el comienzo de la ejecución del delito no sólo cuando el autor realice actos típicos, sino también con la realización de actos previos que se hallen en una relación de inmediatez con aquéllos. Esa inmediatez se dará cuando entre el acto realizado y la acción que ya realiza el verbo típico no existan fases intermedias esenciales, pudiendo entenderse entonces como una unidad. Dicha fase intermedia puede consistir en la necesidad de realizar acciones (por el agente o por terceros) para llegar a la realización de la acción típica, o bien en la necesidad del transcurso de un lapso temporal.

Ejemplos: no podremos afirmar el comienzo de la tentativa de violación (del "estupro" del art. 332 CP dominicano) cuando el autor entra en la vivienda de la víctima, porque entre la acción de entrar en la casa y la acción típica todavía faltan actos esenciales, como, por ejemplo, aproximarse al dormitorio, acercarse a la víctima y comenzar con los actos de violencia o intimidación. Tampoco cabrá considerar un comienzo de un homicidio la acción de apostarse para disparar con el arma lista si la víctima todavía tardará varias horas en aparecer.

Para delimitar los términos de aplicación del citado criterio, es preciso también tener en cuenta los siguientes aspectos.

De una parte, y como ya hemos puesto de relieve, es fundamental contar con el plan del autor, porque sólo conociendo la representación que el propio agente tiene de las acciones a realizar es posible determinar si un determinado acto se halla en esa relación de inmediatez con la que realiza la acción típica.

De otra parte, ante tipos legales pluriactivos, en los que la conducta delictiva esté constituida por varias acciones (el robo, por ejemplo), como regla general la realización de la acción descrita por el primero de ellos ya constituirá la acción típica, por lo que será éste el que habrá de ser tenido en cuenta para establecer dicha relación de inmediatez. Y ello aun cuando entre la primera acción típica no exista una relación de inmediatez.

Ejemplo: En el caso del robo con violencia (art. 381.5 CP), el tipo consta de dos acciones distintas: la realización de actos de violencia y la sustracción de la cosa. Pues bien, estaremos ya ante una tentativa con el acto de sacar el cuchillo que inmediatamente se va clavar en el cuerpo de la víctima con intención de robar aunque entre dicha fase del delito y la acción de sustracción no exista una relación de inmediatez, porque, por ejemplo, de acuerdo con el plan del autor éste y la víctima tengan que desplazarse en un coche hasta el lugar donde se halle el dinero que se pretende sustraer.

4.2.4.2 Grupos de casos

De cara a concretar la aplicación de esta teoría, expongamos algunos ejemplos.

a) *Tentativa de robo*. Los supuestos de tentativa de robo, además de notable relevancia práctica, revisten especial dificultad, sobre todo por conformar tipos legales de varios actos. A continuación se ofrece una breve panorámica de supuestos, sin pretensión de exhaustividad.

Así, en primer lugar, puede afirmarse un comienzo de tentativa en el robo a una joyería, cuando el autor va inmediatamente a romper el escaparate de la misma golpeando el cristal con una palanca de metal y es sorprendido por unos viandantes cuando está tocando el cristal con la otra mano para apreciar el grosor del mismo, instantes antes de levantar la palanca para romperlo; por el contrario, sería todavía preparatoria la acción de comprobar al tacto el grosor del cristal si el autor todavía tiene que ir al coche que tiene aparcado enfrente a por la palanca de metal.

No puede considerarse todavía tentativa de robo a un banco el dirigirse armados y con máscaras hasta las inmediaciones de la puerta principal de éste, desistiendo del plan antes de llegar a dicha puerta por ver demasiada gente en la calle[101];

101 En otro sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 10 de noviembre de 1987. Con mejor criterio, la STS de 28 de noviembre de 1988, modificando la sentencia de instancia: "Es evidente que la simple aproximación a un establecimiento, con ánimo de robar en él, no integra ninguna de las conductas de robo por el legislador previstas".

tampoco será todavía tentativa el llegar al banco y tocar el timbre de la puerta, sin lograr tener acceso al interior del banco por no haber accionado el encargado para ello el mecanismo de apertura de la misma[102]; ni habrá tentativa aun cuando el autor hubiese rebasado la primera puerta del banco, si, como el caso anterior, no consigue rebasar la segunda, de seguridad, por no haberse accionado la apertura al comprobar el encargado de ello el aspecto sospechoso del autor[103].

En el mismo sentido, el conocido "caso de la gasolinera", largamente discutido por la doctrina, en el cual unos sujetos armados y con máscaras en la cara llaman a la puerta de la vivienda del encargado de la gasolinera con la intención de robarle ejerciendo violencia sobre él en cuanto abriera la puerta, sin que llegara a hacerlo, debería ser considerado como un acto preparatorio[104], puesto que todavía queda por acontecer un acto intermedio esencial para el plan de los autores como es que el encargado abra la puerta.

Tampoco habrá tentativa en el "caso de la pimienta", en el cual varios autores esperan en la estación la llegada del cobrador del tranvía "armados" con bolsas de pimienta para arrojárselas al rostro de éste y robarle el dinero, sin saber a ciencia cierta en qué tren habría de llegar el cobrador. Por su parte, el acto de entrar al banco en el que se pretende robar pero sin haber comenzado los actos de intimidación o violencia tampoco será tentativa de robo. Ahora bien, en principio el entrar al banco abierto al público con máscaras y armas en la mano deberá considerarse ya intimidación y, por tanto, tentativa de robo.

Tampoco habrá comenzado la tentativa, a mi entender, en el "caso del perro guardián", discutido en la doctrina alemana. El ejemplo es el siguiente: A, dispuesto a robar en una casa que sabe vacía, accede al patio de la misma, donde se encuentra a un perro guardián. Para evitar ser descubierto, el autor guía al perro fuera de la granja, alejándolo del lugar con el fin de volver a entrar enseguida, pero es capturado por la policía antes de poder hacerlo. En este caso, la inexistencia de tentativa puede justificarse por la necesidad de actos intermedios esenciales.

b) *Tentativa de homicidio (o asesinato)*. Habrá comenzado la tentativa cuando el francotirador, dispuesto a disparar inmediatamente desde el tejado, esté echado en el suelo con el arma en posición de disparo, aunque todavía necesite unos segundos para apuntar a su víctima. No habrá comenzado la ejecución cuando, aun estando en posición de disparo, tenga todavía que introducir la bala en el arma.

La administración de somníferos a una persona con el fin de matarlo después por otros medios no será todavía tentativa de homicidio, y ello porque, aunque pudiera entenderse que ese acto, según el plan del autor, forme una "unidad de acción", ese acto no inicia inmediatamente la propia acción de matar, sino que para ello será

102 En otro sentido, la STS de 5 de abril de 1989.
103 En otro sentido, la STS de 28 de marzo de 1996.
104 En igual sentido, STS de 24 de noviembre de 1990.

preciso, al menos, que el somnífero haya hecho efecto. Ante ello, debe tenerse en cuenta que la existencia de esa unidad natural de acción no dependerá exclusivamente del plan del autor, sino que serán pautas objetivas las que determinarán esa circunstancia, a partir del plan del autor. Así, en este caso, faltan actos intermedios esenciales para matar -por lo que esa 'unidad natural de acción' de matar se quiebra-, como es, por ejemplo, coger el cuchillo con que se pretende dar muerte a la víctima y alzarlo contra ésta.

c) *Tentativa de violación*. Todavía no existe tentativa de violación cuando el autor golpea al acompañante de la víctima. Ni tampoco debe considerarse ya tentativa de violación el acceso a la vivienda de la víctima, aun en ropa interior, sino sólo cuando se dé un inicio inmediato de los actos de intimidación o violencia[105].

Tentativa de violación existirá cuando el autor tenga a la víctima abrazada y sujeta a una verja metálica, al mismo tiempo que se desabrocha el pantalón[106], puesto que en este caso se ha dado comienzo al acto típico de la violencia. Por el contrario, no existirá todavía tentativa, y ello aunque se haya dado el acto típico de la intimidación, cuando el autor amenace e increpe a la víctima con ánimo de violarla subido en un moto en medio de la vía publica, porque todavía tendrá que realizar actos esenciales (según su plan) como trasladarla a un lugar apartado y tumbarla en el suelo[107].

5. EL TIPO SUBJETIVO DE LA TENTATIVA

Subjetivamente, la tentativa requiere un dolo del agente dirigido a la producción del resultado, en el sentido de que el autor o bien ha de realizar los actos de ejecución con la intención de producir el resultado típico (dolo intencional), o bien, al menos, debe asumir que la realización de dichos actos dará lugar a la consumación del delito (dolo eventual). Ello implica que no cabe la existencia de una tentativa imprudente.

Por lo demás, a pesar de que el art. 2 del CP dominicano describa la tentativa punible refiriéndose al "propósito" del autor, tal noción debe interpretarse en sentido amplio y no identificarse con la intención que caracteriza al dolo intencional.

105 Ello puede, en principio y a salvo de la concreta configuración del supuesto, afirmarse también respecto de otros delitos: el mero acceso a la casa no supondrá siempre tentativa de homicidio, ni de lesiones, ni de incendio, ni de daños, etc. Sí lo será, por ejemplo de homicidio, si se accede directamente a la habitación donde duerme la víctima con la intención de disparar inmediatamente. Tampoco lo es en el caso de hurto, si la entrada se realiza aprovechando la invitación del dueño.

106 Así, la STS 13 de mayo de 1993.

107 Así, correctamente, la STS de 12 de julio de 1995.

6. LA TENTATIVA INIDÓNEA

6.1 CONCEPTO

Por tentativa inidónea (también denominada "delito imposible") deben entenderse aquellos supuestos en los cuales, ya sea por la inidoneidad de los medios empleados, por la del objeto o bien por la del sujeto, la conducta era desde un principio inadecuada para llega a la consumación del delito que se pretendía realizar. Ciertamente, una vez realizada, toda tentativa de delito se revela inidónea para producir el resultado, pero, desde esa perspectiva de enjuiciamiento ex post (teniendo en cuenta todos los elementos que han rodeado el hecho), pueden distinguirse las acciones de tentativa que en el momento de iniciar su realización (ex ante) resultaban adecuadas para producir el resultado, aunque luego no alcanzaran a producirlo (tentativas idóneas), de aquéllas en las que ya desde ese momento de inicio de la ejecución existía un factor que hacía imposible la realización del delito consumado.

Ejemplo: En el caso en que un sujeto dispara a otro creyendo que dormía cuando en realidad ya estaba muerto, o intenta matarlo suministrándole una dosis de bicarbonato creyendo que se trataba de un potente veneno, la ausencia de peligro para la vida se da por circunstancias existentes ya desde el momento en que el actor comienza a actuar.

De la tentativa inidónea es preciso distinguir la figura del delito putativo. Ésta concurrirá cuando el sujeto realiza una conducta en la creencia errónea de que está prohibida por el derecho penal. La diferencia es que mientras en la tentativa inidónea lo que se produce es un error inverso de tipo, pues el sujeto cree erróneamente que concurren determinados elementos del tipo legal (la persona viva, el peligro para el bien jurídico), en el delito putativo estamos ante un error inverso de prohibición, dado que el error no se produce sobre los elementos del tipo, sino directamente sobre la prohibición de la conducta. Esa diferencia es importante porque mientras la tentativa inidónea puede ser punible - según los criterios y límites que veremos a continuación-, el delito putativo es siempre impune.

6.2 FUNDAMENTO DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA INIDÓNEA

6.2.1 Punto de partida. El peligro para el bien jurídico como fundamento de punición

Al igual que para fundamentar el castigo de la tentativa en cuanto tal, la doctrina ha venido planteando distintas concepciones dirigidas a justificar con mayor o menor amplitud el castigo de las conductas susceptibles de calificarse como tentativa inidónea.

La concepción dominante en la ciencia penal de habla hispana, y la que resulta más acorde a la regulación objetivista que acoge el CP dominicano, es la basada en el peligro de la acción para el bien jurídico. En cualquier caso, dentro de esta línea doctrinal coexisten diversos puntos de vista, y es, de cualquier modo, necesario concretar los términos de enjuiciamiento del peligro que habrán de determinar la relevancia penal.

A pesar de que, como a continuación veremos, los diversos planteamientos basados en el peligro de la acción darán lugar a un diverso ámbito de punición de la tentativa, resulta indudable que la mera referencia al peligro como presupuesto para el castigo permite excluir ya de lo punible los supuestos de tentativa irreal, que podrían definirse como los casos en los que el agente pretende producir el resultado a partir de una representación aberrante de las relaciones causales.

Ejemplo: matar a una persona sana empleando azúcar, intentar provocar un aborto con una bebida elaborada con zumo de naranja, etc.

Dentro de las concepciones que fundamentan el castigo de la tentativa inidónea a partir del peligro para el bien jurídico podemos encontrar dos líneas básicas.

6.2.2 Distinción entre inidoneidad relativa y absoluta

6.2.2.1 Planteamiento

Un sector doctrinal parte de la distinción entre la tentativa "absolutamente inidónea", que sería impune por no conllevar un mínimo de peligro penalmente relevante, y los supuestos de "inidoneidad relativa", punibles. Estaríamos ante un supuesto de tentativa con inidoneidad absoluta cuando esa clase de acción nunca, bajo ninguna circunstancia, habría podido producir el resultado. En cambio, una inidoneidad relativa se daría cuando los medios o el objeto de ataque tienen, en sí mismos, una idoneidad general para dar lugar al resultado, si bien éste no se produce debido a particulares circunstancias del caso concreto.

Ejemplos para este sector doctrinal de inidoneidad absoluta serían disparar a un cadáver, o intentar matar con azúcar creyendo que es veneno, o disparar con una pistola descargada creyendo que está cargada, o robar en un bolso vacío.

Ejemplos de inidoneidad relativa serían, en cambio, disparar a un lugar donde se pensaba que estaría la víctima cuando ésta ya no está, o intentar matar con una dosis insuficiente de veneno, o disparar con una escopeta con los cartuchos inutilizados por la humedad, o disparar con un arma de menor alcance que el necesario.

6.2.2.2 Crítica

Por los detractores de esta concepción se ha criticado que no ofrece un criterio válido para trazar una diferenciación nítida entre supuestos punibles e irrelevantes para el derecho penal. Ello es así porque la noción de inidoneidad es un concepto relativo que siempre depende de las circunstancias del caso concreto, por lo que si tomamos los medios de ataque aisladamente considerados, como hace esta teoría, llegaremos a soluciones inaceptables.

Así, un medio prima facie idóneo puede ser empleado de modo tan torpe que la acción devenga inocua para el bien jurídico; e, inversamente, un medio en principio inidóneo pude, dadas determinadas circunstancias, convertirse en peligroso. Por ejemplo, es indudable que el azúcar no es un medio "en sí mismo" peligroso; sin embargo, puede llegar a serlo si se utiliza contra una persona diabética. De igual modo, alimentos como las fresas o las almendras constituirían prima facie medios "absolutamente inidóneos"; sin embargo, su ingesta por una persona alérgica a los mismos podría producir la muerte.

En suma, lo que se objeta a esta concepción es que el juicio sobre el peligro de la acción no puede realizarse en abstracto, sino que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, porque lo que en abstracto es peligroso pueden no serlo en el caso concreto; y viceversa. Tan inidóneo es disparar a un cadáver como a un lugar donde ya no hay nadie; tan inidóneo es disparar con una pistola descargada como disparar con una pistola de insuficiente alcance o inutilizada por la humedad; tan inidóneo para matar es utilizar azúcar como una cantidad insuficiente de veneno[108].

6.2.3 La peligrosidad ex ante

6.2.3.1 Planteamiento

Ahora bien, resulta también indudable que si tomamos todas las circunstancias del caso concreto, incluido el hecho de que la acción no produjo el resultado, jamás podríamos establecer un juicio de peligro: si analizamos la acción una vez producido su efecto teniendo en cuenta todos los datos de la realidad, la conclusión es que ninguna tentativa sería idónea para producir el resultado, porque de hecho no lo produjo. Expresado inversamente, es indudable que para poder efectuar juicios de peligro de modo retrospectivo -es decir, una vez que la acción ya ha ocurrido y se conocen sus consecuencias- tenemos que sustraer mentalmente algunas circunstancias del suceso, al menos el resultado efectivamente acontecido.

108 Sobre esas críticas, véase ALCÁCER GUIRAO, La tentativa inidónea, p. 132 ss.

De dicho planteamiento parte la concepción que establece como criterio de punición la peligrosidad ex ante de la conducta. Fundamenta el castigo de la tentativa en el peligro para el bien jurídico, acogiendo como criterio de enjuiciamiento el llamado "juicio de adecuación" que actualmente es empleado en la teoría de la imputación objetiva. El criterio consiste en situar en el momento de realización de la acción a un espectador objetivo, dotado de unos conocimientos medios de la realidad más los conocimientos especiales que tuviera el concreto autor, para determinar si, desde esa perspectiva (perspectiva ex ante), la acción muestra peligrosidad para el bien jurídico.

En otras palabras, para efectuar el juicio de peligro no se tienen en cuenta todas las circunstancias del hecho (conocidas ex post facto), sino únicamente las que un observador con conocimientos medios de la realidad (más los especiales del autor) percibiría estando situado en el lugar del autor cuando éste comienza a actuar. Si desde esa perspectiva la acción aparece como peligrosa, estaremos ante una tentativa punible, aunque analizada ex post la acción se revelara inidónea para producir el resultado.

Así, supuestos que analizados ex post no conllevarían peligro alguno, y que serían calificados como "absolutamente inidóneos", podrían aparecer como peligrosos desde una perspectiva ex ante.

Ejemplos:

1 Disparar a un cadáver puede ser considerado peligroso desde esa perspectiva ex ante si desde la situación en la que actúa el autor cualquier persona en su lugar (ese espectador medio) la víctima del disparo aparenta estar viva. Así, imaginemos que el autor ha visto cómo su víctima se metía en la cama y espera a que se quede dormido para disparar, resultando que sufre un infarto nada más meterse en la cama y antes de que aquél dispare.

2 Un sujeto es sorprendido forzando con una palanca de hierro la puerta de madera de una vivienda con intención de entrar. Con posterioridad se descubre que la puerta estaba blindada con una lámina de acero, concluyendo los peritos que con la palanca de hierro nunca habría el autor forzar la puerta y entrar.

3 Un sujeto arrebata a un policía su pistola reglamentaria y con ella aprieta el gatillo apuntándole a la cabeza, desconociendo que la pistola estaba descargada.

6.2.3.2 Críticas

El sector doctrinal contrario a esta concepción considera que con ella se adelanta demasiado el ámbito de punición, castigando conductas que no revestían peligro alguno para los bienes jurídicos y atentando con ello contra el principio de lesividad. Por otra parte, se ha objetado que tampoco ofrece un criterio definido apto para resolver todos los casos.

6.2.4 Conclusiones

A pesar de la controversia que ha suscitado desde antiguo, la tentativa inidónea es castigada por la práctica totalidad de las legislaciones penales occidentales. La cuestión verdaderamente controvertida radica, en realidad, en determinar el límite de dicha punición. Al respecto, en los últimos años en la doctrina de habla hispana va suscitándose el consenso de que el fundamento de punición de la tentativa basado en la peligrosidad ex ante de la acción es el más adecuado para establecer un equilibrio entre las exigencias de prevención, adelantando la protección al momento en que se interpone la prohibición de la norma de conducta, y el límite impuesto por el principio de lesividad que debe imperar en un derecho penal liberal orientado al fin inmediato de protección de bienes jurídicos.

Más allá de ese criterio genérico, lo cierto es que resulta muy difícil establecer con precisión cuándo una acción alcanza el grado de peligro suficiente para ser merecedora de sanción, por cuanto el peligro es una circunstancia cuya concreta magnitud depende de un cúmulo de factores del caso concreto, y porque al ser en sí misma una realidad graduable, no puede a priori concretarse una medida concreta desde la que derivar la irrelevancia penal. En este ámbito, como en tantos otros de la teoría el delito, resultará inevitable la existencia de un considerable ámbito de arbitrio en las manos del aplicador del Derecho.

Caso práctico

Objetivo formativo: Analizar si la tentativa es penalmente relevante o debe quedar impune por falta de peligrosidad.

Supuesto de hecho:

El acusado, Juan José C. M. fue conducido a los Jugados por dos policías para ser interrogado por el juez. Situado en su despacho y sentado frente a ella, separados ambos únicamente por una mesa, el acusado pidió que se le retiraran las esposas que le sujetaban las manos. Accedió a ello la juez y, una vez liberado el acusado, sacó su cartera del bolsillo trasero del pantalón y extrajo de ella una cuchilla de afeitar. A

continuación, rodeando la mesa, se acercó hasta la juez y la sujetó fuertemente haciéndole presa en el cuello con uno de sus brazos y causándole cortes con la cuchilla en dicha parte de su cuerpo, al mismo tiempo que gritaba las palabras "la mato".

El agente de policía J. L., con el propósito de reducir al acusado y de forzarle a que cesara en su acción agresiva contra la juez, sacó su arma reglamentaria, que se hallaba sin cargador y sin bala en la recámara (es decir completamente descargada) y apuntó con la misma al acusado, acercándole el cañón hasta la cara. Y en ese momento, Juan José C. M. pudo coger o sujetar el arma con la que le apuntaban y retorció la mano del agente, que no tuvo más remedio que soltarla, quedando ésta en poder de aquél. Una vez Juan José C. M. tuvo el arma en su poder la dirigió contra el cuerpo del agente e intentó accionar el mecanismo de disparo, al mismo tiempo que repetía la frase "os voy a matar". Como quiera la pistola carecía de cargador y de munición, no se produjo ningún disparo ni llegó a percutir el mecanismo, a pesar de lo cual el mismo acusado dirigió el arma contra la otra agente de la Guardia Civil e intentó accionar el gatillo apuntándole al pecho. La circunstancia de que el arma estaba descargada no era conocida por el acusado, si bien lo estaba durante todo el momento de la conducción, ya que se trata de una consigna general adoptada por razones de seguridad.

Cuestiones:

Determinar la calificación *jurídica de la conducta de Juan José C. M.*

7. EL DESISTIMIENTO

7.1 CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL. EL DESISTIMIENTO EN LA TENTATIVA INACABADA Y ACABADA

El desistimiento aparece regulado en el CP dominicano bajo la misma definición de la tentativa: si la tentativa se dará cuando el culpable no logre su propósito por causas independientes de su voluntad, a sensu contrario podemos concluir que no estaremos ante una tentativa punible cuando la no producción del resultado se deba a causas dependientes de la voluntad del autor.

El desistimiento puede definirse, así, como la evitación voluntaria del resultado por parte del autor de una tentativa. Y su consecuencia jurídica es la de eximir de pena la tentativa ya realizada.

La regulación legal citada parece restringir la concurrencia del desistimiento únicamente a los supuestos de tentativa acabada; esto es, los casos en los que el agente

ya ha realizado todo lo necesario para consumar el delito. No obstante, la figura del desistimiento es también aplicable a la tentativa inacabada, cuando el sujeto solamente ha iniciado la ejecución del delito pero aún debe realizar otros actos dirigidos a la producción del resultado. Y el artículo 2 puede, y debe, interpretarse así, puesto que no existen razones para discriminar los casos de tentativa inacabada frente a los de tentativa acabada, limitando a éstos el efecto eximente del desistimiento.

Así, por ejemplo, en un delito de robo consistente en forzar la puerta de una vivienda para después entrar a apoderarse de los objetos de valor que haya dentro, la tentativa habrá comenzado ya cuando el sujeto comienza a forzar la puerta, y no estaremos ante una tentativa acabada hasta que se haya apoderado de los objetos de valor y se disponga a salir de la vivienda. Si el autor, una vez que ha comenzado a forzar la puerta (o habiéndola abierto ya, por ejemplo), decide voluntariamente no continuar con el robo y abandona su plan delictivo, estaremos ante un desistimiento de tentativa inacabada.

El desistimiento revestirá una forma de realización distinta según se desiste de una tentativa inacabada o de una acabada. En el primer caso, dado que el autor no ha realizado aún todos los actos necesarios para producir el resultado, bastará para impedir la consumación del delito con que omita continuar con la realización delictiva; bastará, en otras palabras, con un desistimiento pasivo. En cambio, cuando ya se han realizado todos los actos necesarios para producir el resultado y éste sólo depende ya del azar y del transcurso del tiempo, el desistimiento tendrá que ser activo: para la evitación del resultado lesivo el autor tendrá que realizar acciones dirigidas al salvamento del bien jurídico puesto en peligro.

Ejemplo: ante una tentativa inacabada de homicidio consistente en apuntar la pistola al cuerpo de la víctima para inmediatamente disparar, bastará para evitar la producción del resultado de muerte con que el sujeto no apriete el gatillo. En cambio, ante una tentativa acabada, cuando el sujeto ya ha disparado a la víctima y ésta está en el suelo desangrándose, para evitar el resultado y desistir de la producción del delito, será necesario que el autor de la tentativa recoja a la víctima y la lleve a un hospital.

7.2 FUNDAMENTO DE LA EXENCIÓN DE PENA

Como acabamos de afirmar, la consecuencia jurídica del desistimiento radica en la exención de la pena que correspondería aplicar por la tentativa de delito ya realizada. No obstante, la impunidad de quien ya ha realizado una conducta peligrosa para un bien jurídico y, por tanto, antijurídica, no resulta evidente por sí misma, sino que, por el contrario, precisa de una especial justificación, que la doctrina ha venido ensayando desde diferentes planteamientos, de los que pueden destacarse dos, que veremos a continuación.

Los dos planteamientos básicos respecto de la fundamentación del desistimiento responden a la siguiente dicotomía: el primero está basado en la idea de la falta de merecimiento de la pena, y el segundo en la idea de la falta de necesidad de la pena.

7.2.1 Falta de merecimiento de la pena

Desde esta línea doctrinal se acoge la idea de partida de que quien después de haber dado comienzo a la tentativa desiste de continuar con el delito evitando la producción del resultado no merece la aplicación de la pena (o, expresado en términos inversos, se merece que no se le aplique una pena), por haber retornado a la senda del derecho. Por algunos autores inscritos en esta concepción se acoge (especialmente en Alemania) la llamada "teoría del premio", según la cual, como decimos, el desistimiento se presenta como un "premio" que se otorga a quien, con la evitación voluntaria del resultado y la reconsideración de su plan criminal, se hace merecedor de ello.

7.2.2 Falta de necesidad de pena

Frente a dicha concepción, resulta hoy mayoritaria –al menos entre la doctrina española- la concepción que fundamenta la exclusión de la pena en el desistimiento en razones de política criminal, sobre la consideración de que cuando el autor de una tentativa evita con su decisión voluntaria la producción del resultado ya no es necesario utilizar la pena para restablecer el orden social. A este presupuesto responde la llamada "teoría del puente de plata"[109], acuñada por Feuerbach en Alemania desde el refrán clásico "a enemigo que huye, puente de plata" . Partiendo de la concepción de la pena de Feuerbach como una coacción psicológica dirigida al destinatario de la norma para evitar que realice acciones delictivas, la idea que late tras tal concepción es que con el desistimiento se le debe ofrecer al delincuente un estímulo –consistente en la impunidad- para abandonar la realización de la tentativa antes de que llegue a producirse el resultado. Tras las objeciones vertidas contra esta concepción - relativas a que los datos empíricos muestran que en el momento de comenzar a realizar el delito las personas no reparan, por lo general, en la exención de pena que ofrece el desistimiento ni, por tanto, son susceptibles de ser motivadas por tal oportunidad-, se sigue defendiendo en la actualidad desde un planteamiento negativo que también formulara Feuerbach: si cabe una mínima opción de que el ofrecimiento de exención de pena motive al autor, debe mantenerse, porque no debe el legislador cortar la retirada al autor con la representación de que continúe o no con la acción de tentativa será castigado de todas maneras.

111 Debe decirse que, en realidad, el símil del que se sirvió Feuerbach para su teoría fue el del "puente de oro" [goldener Brücke], porque en el refrán germano el puente no es de plata, sino de oro.

Desde un punto de partida más moderno, y al amparo de la función de la pena basada en el restablecimiento de la vigencia social del ordenamiento (prevención general positiva), se justifica la exención de pena en que la sanción deviene innecesaria cuando es el mismo autor el que con su acción de desistimiento devuelve a la colectividad la confianza en la vigencia de la norma, al desistir de su plan delictivo y reconducir su conducta al cumplimiento de las normas penales. El desistimiento, se afirma, viene a satisfacer la misma función que tendría que ejercer la pena: mostrar a la sociedad de modo simbólico que las normas siguen vigentes y han de ser respetadas, por lo que no es preciso imponerla.Como se ha afirmado:

"Tras la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, con el consiguiente detrimento de la confianza intersubjetiva en la vigencia y validez de la norma de conducta, se hace innecesaria la imposición de una pena al infractor, con el fin de restablecer la autoridad normativa de la norma de conducta y de reinstaurar en los ciudadanos la confianza en que dicha norma será respetada en el futuro.

Pues bien, siendo ése el fundamento de la necesidad de pena de la tentativa, lo que caracteriza al desistimiento es precisamente que opera de igual modo que lo haría la pena: con la acción de revocación y salvación del bien jurídico, el autor manifiesta que la norma sigue siendo una pauta correcta y obligatoria de conducta, y devuelve a Alter [scil.: la sociedad] la confianza en que la norma será respetada, dado que con su acción expresa el agente que la norma ha ejercido su autoridad sobre él, al retomar, como suele afirmarse, la senda del Derecho. Así, no es precisa la imposición de una pena para reafirmar la validez de las normas negada por el ilícito realizado, por cuanto es el mismo agente quien, con su acción de desistimiento, "niega la negación" anterior, reafirmando él mismo la validez del ordenamiento. El desistimiento, entonces, puede entenderse como un subrogado de la pena: hace innecesaria la pena porque cumple su misma función" [110].

7.3 REQUISITOS DEL DESISTIMIENTO

Dos son los requisitos que, de acuerdo con la regulación legal del desistimiento, deben exigirse para poder aplicar la exención de pena. En primer lugar, la eficacia del mismo en orden a la evitación del resultado, dado que condición para la exención de pena es que el resultado no haya llegado a producirse. En segundo lugar, la voluntariedad del desistimiento.

110 ALCÁCER GUIRAO, Rafael, ¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento, p. 54.

7.3.1 La evitación del resultado

7.3.1.1 La no producción del resultado

En orden a aplicar la exención de pena legalmente contemplada, es preciso que el desistimiento haya llegado a evitar el resultado. Ello implica que a los supuestos de desistimiento malogrado, en los que el agente intenta infructuosamente evitar la producción del resultado una vez realizada la acción de tentativa, no les será aplicable la exención de pena prevista para el desistimiento.

Por lo demás, con el CP dominicano, estos supuestos de desistimiento tendrán la misma consecuencia jurídica que los casos en los que el agente ni siquiera se plantea la realización de una acción de desistimiento y produce el resultado con dolo intencional, dado que sólo se asignará eficacia eximente a los casos de efectiva evitación del resultado.

En aras de evitar esa equiparación de penalidad entre los casos de delito consumado y aquellos otros en los que el agente modifica su dolo inicial e intenta sin éxito evitar la producción del resultado, algunos Códigos penales de terceros países han introducido cláusulas de exención o de atenuación de la pena para estos supuestos. Así, puede citarse a título de ejemplo la regulación del desistimiento del Código Penal español introducido en 1995, en el que, en relación con el desistimiento de los partícipes en un delito realizado por varias personas, establece la posibilidad de aplicar la exención por desistimiento en casos de producción de resultado, si hay un intento serio de evitación del mismo[11]. Y, como posibilidad de atenuación de la pena, el CP español contempla una circunstancia atenuante consistente en "haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos…" (art. 12.5), la cual puede ser aplicada a los casos de desistimiento malogrado de autor único.

Por otra parte, aun cuando ello no aparezca expresamente mencionado en el CP dominicano, la exención de pena por el desistimiento no alcanzará a los resultados que ya se hubieran producido con anterioridad y que fueran constitutivos de otra infracción penal diferente. Es lo que la doctrina denomina "tentativa cualificada".

Ejemplo: Después de dar una paliza a su víctima con intención de producirle la muerte, el autor se arrepiente y la lleva al hospital donde consiguen salvarle la vida.

En este caso, el desistimiento eficaz respecto de la muerte anularía la pena de la tentativa homicidio (o asesinato), pero no la pena por las lesiones sufridas, constitutivas de un delito consumado de lesiones.

11 Concretamente, el art. 16.3 dispone: "Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación…".

7.3.1.2 La imputación de la evitación del resultado

Por lo general, la exigencia de la eficacia del desistimiento se pone en relación con la no producción del resultado, para poner de relieve que los supuestos de desistimiento fallido (en los que el autor intenta evitar el resultado sin éxito) no podrán ver eximida la pena. Con ello se da por sobreentendido que no basta con que no se produzca el resultado, sino que es el autor quien tiene que evitar con su acción el resultado.

En la tentativa inacabada ello no planteará problemas, porque basta con que el sujeto omita continuar para que el resultado no se produzca (ejemplo: una vez levantada la pistola para disparar, se arrepiente y baja el arma); pero en los casos de desistimiento activo tras una tentativa acabada (en los que el agente ya ha realizado todo lo necesario para producir el resultado y tiene que realizar una acción de salvamento para anular el riesgo creado), puede haber supuestos en los cuales, a pesar de que no llega a producirse el resultado y a pesar de que el autor realizó actos encaminados a ese fin, resulta razonable dudar de que es el autor el que ha evitado el resultado.

Ello dependerá de cuáles han de ser los requisitos que hayan de establecerse para poder considerar que la evitación del resultado es obra del autor de la acción de desistimiento. En cualquier caso, debe tenerse presente que, al igual que en la fundamentación del injusto, para imputar un resultado lesivo a su autor no basta con una mera relación causal, sino que deben aplicarse otros criterios de imputación objetiva – básicamente: que el resultado se explique por el riesgo creado por el autor-; de igual modo en el desistimiento la evitación del resultado debe poder serle imputada al autor, y para ello puede ser razonable exigir algo más que la mera relación de causalidad, aplicando, mutatis mutandis, los criterios de la imputación objetiva.

Es decir, la no producción del resultado debe estar en relación causal con la acción de desistimiento realizada por el autor; pero, además, esa ausencia final de resultado debe ser la materialización de dicha conducta e salvamento.

Ejemplos:

1. Tras apuñalar a su mujer con dolo de matar, el acusado abandonó la habitación, exigiendo antes a su madre, que se encontraba en la casa, que hiciera todo lo posible para evitar la muerte. Tras llamar el casero, a petición de la madre, a una ambulancia, la mujer pudo ser salvada.

2. Después de una brutal paliza, realizada con dolo eventual de matar, el procesado traslada a su mujer malherida hasta las proximidades de un hospital, dejándola a unos 95 metros del mismo para que siguiera ella sola, alejándose el sujeto del lugar. Aproximadamente a 40 metros de la puerta del hospital, la mujer, como ya le había ocurrido durante el trayecto, pierde el conocimiento y queda tendida en la acera, donde es recogida por dos transeúntes, trasladándola inmediatamente al hospital, siendo atendida y salvada de la muerte.

3. Tras haber iniciado un fuego en una habitación de la casa del señor y señora M, estando ambos ausentes, el procesado, entrándole remordimientos de conciencia por la presencia de un niño pequeño en la casa, llamó anónimamente al restaurante donde sabía que se encontraba la señora M, limitándose a decir al camarero: "Diga por favor a la señora M que debería ir a casa". Habiendo hecho caso a la llamada, la señora M llegó a su casa y descubrió el incendio, que pudo ser apagado por los bomberos, llamados por aquélla, antes de que se hubiera extendido al resto de la casa.

En todos estos casos podríamos perfectamente afirmar una relación de causalidad entre la acción de desistimiento y la no producción el resultado; ahora bien, es mucho más discutible que de ello podamos concluir que es la acción del sujeto la que ha evitado el resultado; expresado de otra forma: que la no producción el resultado se explica por la contribución del agente, y no por la concurrencia de otras acciones de salvamento. Por ello, si se exige, como debe hacerse, que la ausencia de resultado sea objetivamente imputable al autor, en todos esos casos, a pesar de que no podría negarse, en principio, la existencia del requisito de la voluntariedad, deberíamos negar un desistimiento jurídicamente válido a los efectos de la exención de pena[112].

7.3.2 La voluntariedad

El requisito de que el desistimiento sea voluntario viene expresamente recogido por el art. 2 del CP dominicano, en la medida en que las causas de la no producción del resultado han de ser dependientes de la voluntad del autor de la tentativa. A la concreción de los criterios de aplicación de tal requisito se han dedicado diversas teorías desarrolladas por la doctrina, entre las que destacan dos grupos genéricos: las teorías psicológicas y las teorías valorativas. La opción por una de ellas determinará un mayor o menor ámbito de la exención de pena por desistimiento.

7.3.2.1 Teorías psicológicas

Las teorías psicológicas han venido siendo asociadas con la fórmula que el autor alemán FRANK ideó para determinar la involuntariedad del desistimiento: el desistimiento será voluntario si el sujeto no quiere alcanzar la consumación, aunque puede; y será involuntario si, aunque quiera, no puede[113].

En cualquier caso, a esa formulación se le ha objetado que se limita a una concepción puramente mecánica de la noción de lo "voluntario", considerando que será voluntario todo aquel acto que no esté físicamente condicionado y no exista una imposibilidad absoluta de continuar actuando, lo que, a su vez, amplía demasiado el ámbito del desistimiento voluntario y, con ello, de la exención de pena.

112 Sobre esta tesis, véase ampliamente ALCÁCER GUIRAO, Rafael, ¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento, passim.

113 Cfr: POZUELO PÉREZ, El desistimiento en la tentativa, p. 139.

Así, por ejemplo, en el caso en que un ladrón deja de tomar las joyas de la caja fuerte que ya había forzado porque oye las sirenas de la policía aproximándose, o en el de un asesino que a punto de disparar a su víctima deja de hacerlo porque oye pasos detrás de él y teme ser apresado, el desistimiento habría de ser calificado como voluntario y, con ello, eximir de pena al autor, porque, a pesar de esos factores externos, el ladrón o el asesino podían, en el sentido puramente fáctico que esta concepción asigna a esta noción, seguir actuando.

Frente a esa concepción "extrema", goza de mayor aceptación en la actualidad una versión intermedia de la concepción psicológica de la voluntariedad, según la cual lo determinante es atender al plan del autor, considerando involuntarios los actos de desistimiento realizados porque, dadas determinadas circunstancias externas y aunque fácticamente pueda culminar con su acción, el autor ya no puede llevar a cabo su proyecto delictivo tal y como lo había planeado[114].

Por ejemplo, el ladrón de joyas que desiste del robo porque oye las sirenas de la policía no realizará un desistimiento voluntario, porque su plan delictivo consistía en realizar el delito sin ser apresado y, aunque materialmente puede continuar con su acción, ese plan se ha frustrado. De igual modo, el sobrino que decide matar a su tío rico para heredar realizará un desistimiento involuntario si deja de matar porque descubre que ha sido desheredado, porque la razón de la no producción del resultado se ha debido a una circunstancia exterior que altera el plan del autor.

7.3.2.2 Teorías normativas

Las teorías psicológicas han sido criticadas por algunos autores considerando que la decisión sobre la exención de pena que se dirime en el desistimiento no puede consistir en un mero acto de comprobación del proceso psicológico del sujeto, sino que, siendo una decisión de índole político-criminal debe venir presidida por cuestiones valorativas, atinentes a la valoración jurídica que merezcan las razones por las que el autor desiste. Tal es la idea básica que aglutina a las llamadas teorías valorativas, las cuales, por lo general, supondrán una mayor restricción del ámbito de la voluntariedad.

Como decimos, según este punto de vista, sólo cabrá afirmar la voluntariedad si los motivos o razones por los que el agente desiste merecen una valoración positiva, valoración que ha de hacerse desde parámetros jurídicos, atinentes a los valores incardinados en las normas de conducta o bien en las finalidades de la pena.

114 Esa idea proviene originalmente de un autor alemán llamado Graf zu Dohna, y ha sido actualizada por MARTÍNEZ ESCAMILLA, El desistimiento, p. 22 ss.

La vaguedad inherente a esta concepción ha intentado ser remediada por sus partidarios proponiendo diversas fórmulas. Así, el profesor alemán Roxin parte de la "racionalidad del delincuente": si el desistimiento responde a los parámetros de racionalidad de un delincuente no podremos calificarlo como voluntario, mientras que sí lo será si las razones del desistimiento son contrarias a dicha racionalidad.

Ejemplo: En el caso del violador que desiste tras ser convencido por la víctima de que días después se ofrecerá voluntariamente a sus deseos sexuales, no cabrá afirmar un desistimiento voluntario, porque la decisión ha venido motivada por la finalidad de conseguir su propósito (tener acceso carnal) por vías más cómodas y menos peligrosas.

Por otros autores se pone el énfasis en que para que el desistimiento merezca la exención de pena, éste ha de poder ser interpretado como un retorno a la legalidad, por lo que las razones del desistimiento han de ser conformes con los presupuestos valorativos que informan la ley penal.

Esta concepción, si bien es sostenida por autores de renombre, ha sido objeto de no pocas críticas. Además de las dirigidas a la vaguedad y dificultad de aplicación de dichos criterios, por los detractores de esta teoría se ha objetado su difícil conciliación con el principio de legalidad, pues parten de una restricción contra reo del sentido literal del término "voluntario" establecido en la ley, cercenando el ámbito de la exención de la pena más allá del que ésta permite.

7.3.2.2 Conclusión

En principio, es preciso coincidir con las críticas que achacan a las teorías normativas adoptar un criterio que va más allá del sentido literal posible de la noción de "voluntariedad", lo que conlleva tensiones irresolubles con el principio de legalidad. La opción más adecuada sería entonces acoger una concepción intermedia, que dé prioridad a la vertiente psicológica pero que permita conjugarla con necesidades político-criminales, evitando llegar – como abocaría la fórmula de Frank- a un excesivo ámbito de impunidad. En este sentido, siguiendo a Martínez Escamilla, podrían establecerse las siguientes líneas básicas:

4.6 como punto de partida, la voluntariedad se excluirá en los supuestos de coacción psicológica externa, en los que la opción por continuar con el delito se ve acompañada de una amenaza o un mal.

4.7 La voluntariedad queda excluida cuando alguna circunstancia aparecida antes de la consumación y que no la impide materialmente, ejerce tal influencia psíquica en el sujeto que no le permite otra decisión que la de desistir.

4.8 Asimismo, quedará también excluida cuando concurra una imposibilidad objetiva de realizar el plan previsto por el autor a pesar de la posibilidad fáctica de producir el resultado típico, o cuando esa imposibilidad sea relativa pero conlleve un cambio relevante en su plan.

Caso práctico

Objetivo formativo: Aplicación de las teorías sobre la voluntariedad del desistimiento.

Supuesto de hecho:

El día veinte de febrero sobre las 21.30 horas, Luis C. C., abrió, sin que conste el medio que utilizó, la puerta del vehículo Fiat Uno M-...-NC propiedad de Joaquín B. M. que lo había dejado aparcado y cerrado en la calle Menéndez Pelayo, logrando ponerlo en marcha y circulando por diversas calles de Madrid. Sobre las cero treinta horas, ya del día 21 de febrero, Luis C. C. estando en la calle Padre Damián aparcó el vehículo Fiat Uno, y se dirigió a Constantino V. R., que trabajaba como aparcacoches de un restaurante, conminándole con el revólver que llevaba para que le entregara una de las llaves de vehículos de las que disponía, afirmando que si no le pegaría dos tiros. Negándose a ello Constantino V., guardó entonces Luis C. el revólver y, sacando un machete una de cuyas hojas era de sierra, se aproximó más a Constantino y reiteró su exigencia con la advertencia de pincharle. Constantino persistió en su negativa, optando entonces Luis C. por marcharse del lugar.

Cuestiones:

El Tribunal de primera instancia condenó a Luis C.C. por un delito de robo con intimidación en grado de tentativa. El procesado recurre solicitando la absolución por la tentativa, por existir un desistimiento voluntario. Considerar quién tiene razón.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento,* 2002.
- *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001.
- *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000.
- FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito (Doctrina y jurisprudencia)*. 1986.
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General, 1993*, 4ª edición.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento en Derecho penal*, 1994.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General, 2004 (7ª edición)*.
- OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal, Parte General, 2ª edición*, 1986.
- POZUELO PEREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003.
- QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, 2002.
- SOLA RECHE, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito. Aspectos básicos*, 1996.

TEMA 6

FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL HECHO TÍPICO: LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

Rafael Alcácer Guirao
Letrado del Tribunal Constitucional
España

1. CONCEPTO DE AUTOR Y FORMAS DE AUTORÍA

1.1 INTRODUCCIÓN. FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO

1.2 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. TEORÍAS GENERALES SOBRE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE FORMAS DE INTERVENCIÓN

1. 2.1 El concepto unitario de autor

1.2.2. Teorías diferenciadoras

1.2.2.1 Teorías extensivas de la autoría. La teoría subjetiva

1.2.2.2 Teorías restrictivas. La teoría objetivo-formal y la teoría del dominio del hecho

1.3 LA REGULACIÓN DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DOMINICANO

1.3.1 Ubicación típica de las formas de autoría y participación

1.3.2 La autoría y la participación en el Código Penal dominicano

1.4. FORMAS DE AUTORÍA

1.4.1 La autoría directa individual

1.4.2 La coautoría

1.4.2.1 Concepto

1.4.2.2 Requisitos: mutuo acuerdo y contribución esencial

1.4.2.3 La tentativa en la coautoría

1.4.3 La autoría mediata

1.4.3.1 Concepto

1.4.3.2 Supuestos

1.4.3.2.1 Instrumento que actúa sin capacidad de acción

1.4.3.2.2 Déficit de conocimiento en el instrumento

1.4.3.2.3. Déficit de libertad en el instrumento

1.4.3.2.3.1. Supuestos de coacción

1.4.3.2.3.2. Supuestos de utilización de inimputables

1.4.3.2.4. Déficit de cualificación típica en el instrumento

1.4.3.3. La autoría mediata en los "aparatos organizados de poder"

1.4.3.4. La tentativa en la autoría mediata

2. LA PARTICIPACIÓN: LA COMPLICIDAD EN EL DELITO

2.1 CONCEPTO Y FUNDAMENTO

2.2. LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN

2.3. CLASIFICACIÓN DOGMÁTICA: LA INDUCCIÓN Y LA COMPLICIDAD

2.3.1 La inducción2.3.2. La complicidad

2.4. LA REGULACIÓN DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN EL CP

2.4.1 Modalidades de inducción2.4.2. Modalidades de complicidad en sentido estricto

TEMA 6

FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL HECHO TÍPICO: LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

1. CONCEPTO DE AUTOR Y FORMAS DE AUTORÍA

1.1 INTRODUCCIÓN. FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO

En la teoría del delito se analizan distintas formas de realización, ya sea desde su carácter completo o incompleto (tentativa frente a consumación), ya sea de modo activo o a través de una omisión. Pero lo característico de todas esas formas de aparición del hecho punible, es que su realización se lleva a cabo por una sola persona, es decir, por un autor único. Por otra parte, tal es también la contemplación del delito de que parte el legislador a la hora de redactar (la mayoría) de las descripciones típicas en el CP, describiendo la conducta contraria a derecho en singular y refiriéndose a un genérico "el": "El que voluntariamente mata a otro…"; "El que voluntariamente infiere heridas…", etc.

No obstante, como es sabido en la realización de un hecho punible pueden intervenir varias personas, y tales intervenciones pueden revestir diferente importancia de cara a la consecución del delito. Para trazar esas diferencias y para asignar de modo proporcionado una respuesta penal diferente según la relevancia de la aportación, resulta fundamental distinguir las formas de intervención a título de autor, de las conductas de participación, que serán contribuciones a la realización del hecho de menor relevancia y, por tanto, a las que habría de asignarle una pena de menor gravedad.

En una primera aproximación, y todavía en un plano puramente teórico, la diferencia estructural básica entre el autor y el partícipe podría establecerse en los siguientes términos: el autor es aquél a quien se le puede imputar el hecho como propio, mientras el partícipe interviene colaborando en un hecho ajeno. Como afirma Mir Puig: "El autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos. Según la doctrina dominante, dicha relación especial concurre cuando el sujeto realiza como propio algunos de los hechos mencionados. Autor es, en este sentido, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos como suyo. Welzel, en frase que ha hecho fortuna, dice que es autor el "quien" anónimo de los referidos tipos legales ("El que matare a otro…"). Esto significa que, en este sentido, los tipos de la Parte Especial son tipos de autoría, pues es autor quien los realiza. Este es el sentido estricto del término "autor" … porque se entiende que responde al significado propio de la palabra "autor": el "verdadero" autor de un hecho sería, en efecto, aquél que lo realiza y del que se puede afirmar que es 'suyo'"[115].

Ciertamente, en cualquiera de ambos casos pueden ser uno o varios los autores o los partícipes; del mismo modo, dentro de la autoría como de la participación pueden darse diversas formas de intervención; formas que la dogmática jurídico-penal ha ido perfilando. No obstante, tales clasificaciones adquieren sentido únicamente en función de los presupuestos que sobre esta cuestión haya asumido el derecho positivo, por lo que resulta imprescindible que nos refiramos a la regulación del CP vigente, en aras de concretar qué aspectos de la teoría de la autoría y la participación han a ser determinantes para nosotros, sin que ello obste a que a efectos ilustrativos se ofrezca una panorama más amplio de esta institución. Antes de ello, resulta procedente estudiar cuáles son las distintas alternativas existentes en un plano teórico para abordar las diferencias entre la autoría y la participación.

1.2 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. TEORÍAS GENERALES SOBRE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE FORMAS DE INTERVENCIÓN

Como se ha señalado, para tratar los problemas de la intervención en el delito hay fundamentalmente dos posibilidades de solución[116]. Cabe, en primer lugar, reducir todas las clases de intervención al común denominador de un concepto de autor que las abarque en general, o bien, en segundo lugar, distinguir entre varias formas de intervención según la importancia material de las contribuciones al hecho.

115 MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, p. 365.
116 JESCHECK, Tratado de Derecho penal, p. 587.

Esta última opción es la mayoritariamente seguida en la mayoría de los sistemas penales y es, por lo demás, la que se asumirá como más adecuada en esta páginas. Así, ya el Código napoleónico francés de 1810 distinguió entre las figuras del autor, el inductor y el cómplice, y tal distinción, con más o menos matizaciones, ha sido asumida por las legislaciones penales de países como Alemania, Italia o España. No obstante, también existen Códigos penales, como el austriaco, que asumen un concepto unitario de autor. Veamos las características de esta opción con un poco de detalle a continuación.

1.2.1 El concepto unitario de autor

El concepto unitario de autor considera autor a todos los intervinientes que aporten una contribución causal a la realización de la conducta descrita en el tipo legal, con independencia de la importancia que corresponda a su contribución en el marco de la totalidad del suceso. Para esta concepción, el diferente rol que los intervinientes hayan ocupado en el desarrollo del hecho, y la importancia que su contribución haya tenido para el éxito del proyecto delictivo, sólo es tenido en cuenta, a lo sumo, a la hora de concretar la cuantía de la pena a imponer y por lo general se resuelve al margen de las distinciones dogmáticas trazadas por la teoría de la participación, atendiendo únicamente a necesidades político-criminales del caso concreto. En consecuencia, la causalidad viene a constituir el único criterio de imputación al hecho, careciendo de toda relevancia, en suma, la diferencia entre autoría y participación, puesto que todos son por igual autores.

La defensa de esta concepción se ha sostenido esencialmente desde perspectivas político-criminales, acogiendo el presupuesto de que resulta conveniente prima facie aplicar el mismo castigo a todos los intervinientes en el hecho, y sólo en casos excepcionales admitir una rebaja de la pena a determinadas contribuciones de escasa entidad. A ello se debe que dicha concepción unitaria haya sido defendida por la escuela moderna, que parte de la peligrosidad del delincuente como pauta para la aplicación de la pena, y especialmente por el derecho penal de la voluntad propio del nacionalsocialismo alemán; y ello porque con esta teoría se evitan lagunas de punibilidad, siendo susceptible de castigo con la máxima pena a toda intervención causal.

Ejemplo: A, con intención de matar al político B, le pide a C un rifle de precisión, quien se lo proporciona, y se concierta con D para que le espere con un vehículo en marcha y poder huir después del atentado. El plan es subir a un edificio y disparar desde la azotea, y para tal fin consigue que E, quien tiene las llaves de la puerta que da a la azotea, le facilite el acceso. El plan sale como estaba previsto y A dispara sobre el político, matándolo.

En este caso, quien realiza la acción de matar es, en rigor, A, por cuanto es él quien dispara. Sin embargo, todos los demás (B, C, D, y E) han contribuido causalmente a la producción del resultad lesivo, por lo que, según la teoría del concepto unitario de autor, todos serían autores del delito de homicidio, susceptibles, en principio de recibir la misma pena.

Como afirma Jescheck, "frente al concepto unitario de autor se alzan fuertes reservas, por mucho que a primera vista pueda parece sencillo y práctico. De un lado, es específico injusto de la acción de cada tipo se pierde con la reinterpretación que incluye todas las contribuciones al hecho en la causación de las lesiones a los bienes jurídicos. De otro, en los delitos de propia mano y en los delitos especiales habría que considerar asimismo autores, por la mera causalidad de su colaboración a los intervinientes extraños, aunque ellos, precisamente no actúan de propia mano, o, en su caso, no se encuentran cualificados como autores. Además, con el abandono del principio de accesoriedad se difuminarían los contornos de los tipos. El concepto unitario de autor lleva también a una ampliación no deseada de la punibilidad, puesto que la tentativa de la cooperación resulta punible en todos los casos en los que se halle prevista, conforme al tipo, la punibilidad de la tentativa (…) Finalmente, el concepto unitario de auto desemboca en una pérdida de matizaciones, porque excluye la posibilidad de los marcos penales atenuados para la inducción y la complicidad"[117].

1.2.2 Teorías diferenciadoras

Como ya hemos afirmado, la inmensa mayoría de los sistemas jurídico-penales acogen la distinción entre autoría y participación. Es decir, acogen una teoría diferenciadora. Estas concepciones pretenden encontrar elementos que permitan trazar dicha distinción entre quienes ocupan un lugar central en el hecho (autores), y quienes ostentan un papel secundario (partícipes). Dentro de éstas podemos trazar una primera distinción entre las teorías extensivas y las teorías restrictivas.

1.2.2.1 Teorías extensivas de la autoría. La teoría subjetiva

El concepto extensivo de autor parte, al igual que la teoría unitaria, de la causalidad y, en concreto, de la teoría causal de la equivalencia de las condiciones, según la cual toda ayuda que haya contriaborado causalmente al resultado es causa del mismo. Para este sector doctrinal, en consecuencia, toda contribución causal a la realización de un hecho tenía la misma importancia, por lo que partiendo de la causalidad resultaba imposible establecer diferencias de mayor o menor grado en la intervención en un hecho.

117 JESCHECK, Tratado de Derecho penal, p. 587

De este presupuesto de partida surge la *teoría subjetiva de la diferenciación entre autoría y participació*n. El planteamiento –surgido en la doctrina alemana de comienzos del siglo XX- sería el siguiente: acogiendo la teoría de la equivalencia de las condiciones (que, antes del surgimiento de la teoría de la imputación objetiva, era el único criterio del tipo objetivo) no es posible trazar esa distinción; no obstante, la ley establece esa distinción, por lo que obliga a encontrar un criterio que permita distinguir los casos de autoría de los de mera participación. En consecuencia, dado que en plano objetivo no pueden establecerse diferencias entre las contribuciones de los distintos intervinientes en el hecho, pues tanto autores como partícipes han realizado aportaciones sin las cuales el resultado no se habría producido, el criterio de distinción habrá de buscarse en el plano subjetivo.

A partir de estas premisas, la diferencia entre autor y partícipe vendrá dada por el ánimo con que se intervenga en el hecho. Así, será autor quien habiendo contribuido causalmente a la realización del hecho típico, haya actuado en función de un interés personal en la consecución del resultado lesivo, esto es, actúe con un animus auctoris. En cambio, será partícipe quien actúe con un mero animus socii.

Esta concepción nunca gozó de demasiados seguidores, y está completamente abandonada en la actualidad. Las críticas que se le han realizado habitualmente son que, de una parte, no establece en realidad un criterio concreto para la delimitación, sino una mera "fórmula vacía" (ROXIN) carente de contenido que pone en manos de la intuición del juez la resolución del caso concreto; de otra, que llega a resultados materialmente injustos, al poder condenar sólo como cómplice a quienes han llegado a ejecutar el delito con sus propias manos, si no tenía un interés personal en el hecho. Con razón se ha afirmado que "la teoría subjetiva es la doctrina de la salvación del asesino a sueldo", pues habría que calificarle como mero cómplice, dado que será el que paga quien tenga interés en que se cometa el asesinato[118].

Ejemplo: Como ejemplo de las consecuencias a que esta concepción puede llevar podemos mencionar dos casos reales enjuiciados por el Tribunal Supremo alemán aplicando dicha teoría que causaron gran repercusión social y severas críticas por parte de los penalistas:

1. *Caso de la bañera*. La madre de un hijo concebido fuera del matrimonio pidió a otra mujer que matara al niño. Ésta, con sus propias manos y sin ayuda de nadie, ahogó al niño en una bañera. El Tribunal condenó a la mujer como mero cómplice.

118 La frase es del penalista alemán Dahm, citado por GIMBERNAT, Autor y cómplice, p. 52.

2. *Caso Stayinski*. Un espía de la República Democrática Alemana, de nombre Stayinski, asesinó a un alto funcionario de la República Federal Alemana por órdenes del servicio secreto de su país. El Tribunal Supremo alemán (en Sentencia de 1962) consideró que el espía no era autor del homicidio, sino mero cómplice, toda vez que él no tenía un interés personal en la producción del resultado.

1.2.2.2 Teorías restrictivas. La teoría objetivo-formal y la teoría del dominio del hecho

Las concepciones que pueden agruparse bajo la órbita de las teorías restrictivas parten de premisas distintas a las del concepto unitario de autor y, con ello, a las de las teorías extensivas. Desde esta concepción restrictiva, no todo aquél que contribuya a causar el resultado ha de ser, sólo por ello, autor del mismo, porque la causación del resultado no es equivalente a la realización del tipo. "Causación no es igual a realización del delito. Para ésta es preciso algo más que la causación"[119]. Desde esta concepción, entonces, se parte de la necesidad de la distinción entre autoría y participación, pero asimismo se rechaza el elemento subjetivo como criterio de delimitación, acogiéndose la premisa de que es posible encontrar criterios objetivos que delimiten la importancia de la contribución al hecho punible.

A diferencia del punto de partida propio del concepto extensivo de autor, para el que las modalidades de participación previstas legalmente serían circunstancias restrictivas de la pena, en la medida en que, en principio, todos los que causalmente contribuyen son autores; en las teorías restrictivas de la autoría las modalidades de participación establecidas por el legislador serían constituirían causas extensivas de la pena, por cuanto, sin una tipificación expresa, tales conductas de participación serían impunes, dado que sólo las formas de autoría se derivan directamente de los tipos penales que conforman el catálogo de delitos.

Dentro de las concepciones restrictivas pueden encontrarse diversas aproximaciones a la cuestión de cómo establecer la diferenciación entre autor y partícipe. Todas ellas parte de la misma premisa: autor es quien realiza el tipo; partícipe quien contribuye a dicha realización con actos situados en la órbita del tipo, pero discrepan sobre cómo determinar cuándo una conducta realiza el respectivo tipo penal. De entre las distintas teorías surgidas dentro de estos planteamientos, podemos limitar la exposición a las dos concepciones doctrinales que gozan hoy de mayor aceptación: la teoría objetivo-formal, y la teoría del dominio del hecho.

119 MIR PUIG, Derecho Penal, p. 570.

1.2.2.2.1 La teoría objetivo-formal

Arrancando de la premisa, acabada de mencionar, de que sólo es autor quien realiza el tipo; esto es, aquél cuya conducta puede subsumirse directamente en la descripción típica del delito, la teoría objetivo-formal considera que sólo quien realiza todos o algunos de los actos ejecutivos expresamente previsto en el tipo podrá ser considerado autor. Es decir, se atiene a la descripción literal de la conducta prevista en los respectivos tipos legales, prescindiendo de la importancia efectiva de la contribución realizada para la totalidad del hecho.

Ejemplo: el que clava el cuchillo es autor del homicidio; el que se apodera del dinero es autor del robo, pero también será autor del robo el que realiza los actos de violencia, auque físicamente no se apodere de la cosa robada, porque la violencia es un elemento expresamente incluido en el tipo del art. 381.5 CP.

La teoría objetivo-formal presenta ciertas ventajas, como su apego al principio de legalidad, en tanto en cuanto aspira a partir de la redacción literal de la Ley para establecer la distinción entre autor y partícipe; no obstante, sus evidentes deficiencias han hecho que gran parte de la doctrina la haya rechazado como teoría de la autoría [120]. Entre tales deficiencias pueden citarse las siguientes:

- En primer lugar, no es capaz de explicar la autoría mediata. Como luego veremos con más detenimiento, autor mediato es aquél que realiza el delito sirviéndose de otro que actúa como un mero instrumento, al carecer del conocimiento sobre la trascendencia de su acción o de la capacidad de evitarla. Así, por ejemplo, el cocinero que da al camarero, sin que éste lo sepa, un plato con comida envenenada para que lo lleve a un comensal del restaurante. Si, según la teoría objetivo-formal, autor es sólo quien realiza actos ejecutivos, el autor sería el camarero, que es quien pone el plato en la mesa de la víctima, pero éste no puede ser autor porque no tiene un dolo de matar; y el cocinero, que es en realidad la figura central del hecho porque es el único que dirige la acción hacia el resultado lesivo, tampoco podría ser autor porque no realiza actos ejecutivos.

- Tampoco llega a soluciones razonables en la coautoría, porque llevaría a negar carácter de autor a quienes realizan actos en división de trabajo que resultan esenciales para la consecución del delito. Así, por ejemplo: para alcanzar la ventana de la casa a la que se va a entrar a robar, A se coloca debajo para permitir que B trepe por su espalda y se alce a la ventana. Según la teoría objetivo-formal, B sería únicamente cómplice.

120 Cfr: GARCÍA DEL BLANCO, V., La coautoría en derecho penal, pp. 255 ss.

- Como colofón de las anteriores, se concluye que la teoría objetivo-formal presenta notables inconsecuencias político-criminales, al ser incapaz de acomodar bajo su definición de autoría supuestos que unánimemente se consideran merecedores de tal condición.

1.2.2.2.2 La teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho, dominante en la doctrina alemana y quizá también mayoritaria en la actualidad en la española, acoge un criterio material para delimitar la autoría de la participación. Tal criterio sería el siguiente: autor del hecho será quien ostente el dominio final sobre el acontecer de la acción típica hacia el resultado lesivo. Esta fórmula genérica se ha concretado afirmando que ostenta el dominio del hecho quien tiene en sus manos el curso del suceder típico, de modo que la producción del resultado depende de su decisión[121].

Por sus defensores, y especialmente por ROXIN[122], a quien puede considerarse su máximo representante, se reconoce que la noción del dominio del hecho es un concepto abierto, que debe ser concretado en función de cada modalidad de autoría; es precisamente ese carácter abierto lo que le permite abarcar no sólo la autoría directa individual, sino también la autoría mediata y la coautoría. No obstante, ello no implica que sea indeterminado y que la cuestión relativa a la diferenciación entre autoría y participación quede librada al arbitrio del aplicador del derecho, sino que, partiendo de esa noción genérica, habrá de ser concretada en cada una de las formas de autoría.

Cuando expongamos esas distintas formas de autoría, concretaremos los términos de esta concepción más detenidamente, pues será la teoría del dominio del hecho la que se asumirá en esta Lección; no obstante, podemos ya presentar sus contornos de modo sintético.

- autoría directa individual: siempre será autor quien realiza de propia mano los elementos el tipo.

- autoría mediata: el dominio del hecho se concreta en el dominio sobre la decisión. El autor mediato no realiza de propia mano los elementos típicos (no "ejecuta" la acción); sin embargo, tiene el dominio pleno sobre la decisión, pues quien fácticamente ejecuta la acción se halla en un estado de error o coacción provocado por aquél.

121 Vid. MIR PUIG, Derecho penal, p. 272, citando a Maurach.
122 ROXIN, Autoría y dominio del hecho, pp. 144 ss.

Normalmente, ese mutuo acuerdo vendrá dado por la existencia de un plan conjunto previamente acordado; es decir, un mutuo acuerdo expreso y previo a la realización del hecho. Pero nada obsta a que tal acuerdo pueda ser tácito y actual, surgiendo durante la misma realización del hecho. Así, cabría imaginar un supuesto en el que un sujeto inicia la realización de un delito, y en ese momento un tercero interviene para ayudarle a producir el resultado lesivo. Estaríamos ante lo que la doctrina llama coautoría sucesiva.

Ejemplo: A entabla una pelea con B y en ese momento C, que se halla en el mismo lugar y mantiene una relación de enemistad con B, le sujeta por detrás inmovilizándole para que A pueda golpearle a placer. Entonces A y C, de común acuerdo, golpean a B hasta causarle la muerte.

vez dentro, C, ante las dificultades para encontrar la caja fuerte, opta por matar a una de las personas para conseguir la información sobre la caja fuerte por parte de los demás habitantes de la casa.

En este caso, A y B no responderían como coautores del delito de homicidio.

Ahora bien, tal como hemos afirmado, el mutuo acuerdo puede ser coetáneo a la realización del hecho, por lo que, si una determinada acción constituye un exceso sobre el plan conjunto inicial, pero después, una vez iniciados los actos típicos, es asumida por los demás coautores como parte del proyecto delictivo, dicha acción dejará de constituir un exceso pues habrá pasado a formar parte del plan conjunto actualizado, y podrá, en consecuencia, ser imputado recíprocamente a todos.

Ejemplo: En el ejemplo anterior, después de que C mate a uno de las personas que habitan la casa, consiguiendo así la información necesaria sobre la ubicación de la caja fuerte, A y B asumen esa muerte como parte del plan y utilizan la información recibida por esa vía para robar la caja fuerte.

Como criterio para establecer la asunción de una acción de un coautor como parte del plan conjunto y, con ello, para integrarla en el mutuo acuerdo, puede ser útil el manejado por las teorías cognoscitivas para determinar el dolo eventual, que vimos en la Lección 3.

b) Si el mutuo acuerdo constituye el elemento subjetivo de la coautoría, que permite establecer ese vínculo de imputación recíproca, como elemento objetivo es preciso que se realice una intervención de carácter esencial, sin la cual el hecho punible no habría podido ser realizada. Sólo en esos casos cabe afirmar que el coautor tiene un dominio funcional del hecho, dado que de su contribución depende el éxito de la producción del delito.

El dominio del hecho en la coautoría se denomina "funcional" por ROXIN[124], en el entendimiento de que si bien un coautor no domina personalmente cada uno de los actos del hecho como sí lo haría un autor único, la esencialidad de su "función" en el proyecto global permite considerar que tiene en sus manos la totalidad del hecho porque su realización depende de que lleve a cabo su contribución.

Asumiendo esa exigencia como punto de partida, la doctrina mantiene dos posiciones sobre el ámbito objetivo de la coautoría:

124 ROXIN, Autoría y dominio del hecho, pp. 303 ss.

- según una concepción restrictiva, para estar ante ese dominio funcional del hecho serán preciso no sólo que el sujeto realice una contribución esencial para la realización del plan común, de modo tal que sin ella no habría podido llevarse a cabo, sino además que esa acción se realice en la fase ejecutiva del hecho conjunto. Expresado inversamente, quienes intervengan únicamente en la fase preparatoria, aunque con una aportación esencial para el éxito del plan, no serán coautores, porque sólo quienes actúan en la fase ejecutiva tiene un poder de configuración actual el hecho.

- según la concepción extensiva de la coautoría, en cambio, también quien actúa en la fase preparatoria puede ser coautor, bastando con que su aportación haya sido determinante para la realización del delito.

El ejemplo que suele manejarse para ilustrar esta polémica es la figura del "jefe de la banda". Recurramos de nuevo al supuesto del robo al banco. A propone a B, C y D que roben un banco. A les proporcionará un plan detallado de actuación, la información relativa a las claves de acceso a caja fuerte, y se encargará asimismo de inutilizar los sistemas de alarma. B y C entrarán en el banco con las armas y se apoderarán del dinero, y D les recogerá la salida del banco.

El comienzo de la ejecución conjunta se dará cuando (siguiendo los criterios del comienzo de la tentativa que ya vimos en la Lección correspondiente) algunos de los coautores se disponga a realizar de inmediato el primer acto del tipo. En nuestro ejemplo, ello ocurriría cuando B y C entrarán en el banco armados y ejercieran actos de violencia o intimidación. Pues bien, situado en ese momento el inicio de la fase ejecutiva, B y C serían indudablemente coautores, pues realizan los actos propiamente ejecutivos; también lo sería D, pues contribuye con actos típicos consistentes en el apoderamiento del dinero una vez que B y C salen del banco, teniendo en cuenta que el tipo del robo no se consumará hasta que se halla podido disponer de forma segura del bien.

Las dudas se plantean respecto de la intervención de A; su contribución es indudablemente esencial, pero tiene lugar únicamente en la fase preparatoria, incluso varios días antes de que B y C entren en el banco. Para el primer sector sólo podría ser, en principio, cómplice, y no coautor, porque le falta ese dominio de configuración actual del hecho. El segundo sector, en cambio, no hallaría obstáculos en imputarle el hecho en coautoría.

Las dudas quedan circunscritas el caso en el que el interviniente limita su actuación exclusivamente a la fase preparatoria. Si, en cambio, su aportación se prolonga en la fase ejecutiva, no habrá inconveniente en considerarle coautor. Así, cabe imaginar el caso en el que el "jefe de la banda" que tiene la información imprescindible, va proporcionando dicha información a través de un teléfono móvil a los coautores una vez que éstos han entrado ya en el banco. En este caso, su actuación se produce indudablemente en la fase ejecutiva.

A favor de una concepción restrictiva habla el hecho de que quien actúa sólo en la fase preparatoria no tiene, en realidad, el poder de decisión última sobre la producción del delito, pues éste sólo se realiza cuando se cometen los actos típicos, quedando en manos de los que actúan en la fase ejecutiva la decisión sobre si el delito va a realizarse o no. No obstante, podría afirmarse que en ocasiones el papel de quien actúa en la fase preparatoria es tan determinante para el éxito del plan delictivo que resulta injusto –dada la diferente penalidad- imponerle menos pena que a los simples ejecutores.

En cualquier caso, para algunos de esos supuestos –singularmente, en los llamados "aparatos organizados de poder"-, la doctrina ha propuesto recurrir a la figura de la autoría mediata, por resultar más acorde con la estructura "vertical" y jerárquica de esos supuestos. Después haremos mención de ello.

1.4.2.3 La tentativa en la coautoría

Al hilo de lo anterior, debemos plantearnos los criterios para determinar el comienzo de la tentativa en la coautoría. Al respecto, debe tenerse presente que la cuestión anteriormente planteada, relativa a la determinación del momento en que comienza la fase ejecutiva no resuelve enteramente el ámbito de cuestiones inherente a la tentativa de la realización conjunta del hecho. Y ello porque con la concreción del comienzo de la fase de realización típica, que se daría cuando uno de los autores realizara el primer acto típico, o inmediatamente anterior, todavía no da respuesta a si con que uno de ellos realice actos típicos –e inicie con ello lo que podríamos llamar la "acción global"- el resto de los coautores deben ser ya castigados por la tentativa del delito respectivo.

Ejemplo: En el ejemplo anterior del robo al banco, B y C entran al banco mostrando las pistolas y amenazando a los clientes, pero antes de poder llegar a la caja fuerte son reducidos por un grupo de policías que habían llegado con antelación.

La cuestión es la siguiente: Si, siguiendo una concepción extensiva, consideramos a A autor –y no partícipe-, podría ser también condenado por tentativa del delito de robo, dado que ya ha realizado su parte en el plan conjunto. Pero ¿qué ocurre con D? D tenía el cometido de recoger a B y C a la salida del banco, pero como fueron apresados antes de ese momento, nunca pudo realizar su contribución al hecho. ¿Debe ser condenado también por la tentativa de la "acción global" aunque no haya llegado a actuar, o es preciso que realice su parte para poder serle atribuida responsabilidad?

En la doctrina pueden encontrarse dos posiciones alternativas.

- La solución global considera que con el inicio de la tentativa de la "acción global" por parte de alguno de los coautores, la tentativa del delito es atribuible a todos los demás, auque no hubieran llegado a actuar.

- Por su parte, la solución individual acoge el punto de partida opuesto, y entiende que la tentativa sólo será atribuible a quienes hayan ya realizado su contribución según el plan conjunto, de modo que si la acción se interrumpe antes de que hayan actuado todos, sólo podrá atribuirse a quienes hubieran ya realizado actos típicos.

Resulta preferible esta última opción por estar más acorde con un derecho penal del hecho. Desde este presupuesto, una voluntad delictiva que no llega a exteriorizarse habrá de carecer de relevancia penal. Y no basta con que dicha voluntad se exteriorice en el momento del acuerdo previo, por cuanto en esa fase todavía no existe un dolo típico, que sólo concurrirá cuando se realice la acción típica. Si se castiga por autoría en los casos en los que tras ese acuerdo previo el sujeto no llega a actuar, estaremos castigando por lo pensado, y no por lo realizado, vulnerando con ello exigencias del principio de culpabilidad. Esa manifestación de voluntad exteriorizada en el acuerdo previo sólo podría fundar responsabilidad por complicidad, o en todo caso por otros delitos distintos – conspiración para delinquir o delito de asociación ilícita o similar -, pero no funda un dolo de autoría.

1.4.3 La autoría mediata

1.4.3.1 Concepto

La autoría mediata se caracteriza porque el autor del hecho utiliza a otra persona como un instrumento para la ejecución del delito. Así, será el "instrumento" el que fácticamente ejecute los actos típicos (el que apretará el gatillo, se apoderará de la cosa, etc.), sin embargo se imputará el hecho al llamado "hombre de atrás" porque es él quien, al haber instrumentalizado a aquél, tiene el control sobre el riesgo del suceso para el bien jurídico protegido.

Tal dominio del hecho, que es lo que permite calificar como autor al hombre de atrás a pesar de que no ha ejecutado de propia mano los actos descritos por el tipo

penal, se fundamenta en que el agente tiene un control sobre la decisión de actuar del otro, control fundado en la instrumentalización que el hombre de atrás hace de aquél. Ello puede darse, esencialmente, por las siguientes circunstancias:

- De una parte, por un déficit de conocimiento: el que actúa se halla sumido en un error sobre el riesgo de su acción para la producción del resultado típico, o bien sobre un error acerca de la prohibición del hecho, y el autor mediato ha provocado ese error o bien se aprovecha del mismo para dirigir su comportamiento hacia tal resultado.

- De otra parte, por un déficit de libertad: el que actúa lo hace sin libertad para elegir la realización de los actos ejecutivos, debido a la situación de coacción, de necesidad o de inimputabilidad que ha generado – o de la que se ha aprovechado- el hombre de atrás.

- En tercer lugar, cabe plantear también supuestos de autoría caracterizados por un déficit de cualificación típica del instrumento. Son los casos llamados de "instrumento doloso no cualificado", en lo que el instrumento carece de los requisitos típicos para poder considerar típica la conducta realizada, poseyéndolos el hombre de atrás.

Como afirma JESCHECK, lo fundamental es que pueda afirmarse una relación de subordinación entre el autor mediato y el instrumento "para que pueda afirmarse el dominio del hecho por parte del 'hombre de atrás', se precisa que, frente a éste, el instrumento se encuentre en una posición subordinada. Todos los presupuestos de la punibilidad deben concurrir, consecuentemente, en la persona del hombre de atrás y sólo han de ponerse en relación con el mismo. La subordinación puede responder a coacción, error, incapacidad de culpabilidad o, también, a la razón exclusiva de que el hecho, al que el instrumento ha sido incitado por el hombre de atrás, no puede siquiera ser realizado por éste como delito, dado que falta la cualificación requerida[125].

1.4.3.2 Supuestos

A continuación expondremos los distintos supuestos con estructura de autoría mediata, y concretaremos si puede hablarse en ellos efectivamente de autoría, o si más bien nos hallamos ante casos de inducción.

125 JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, p. 605.

1.4.3.2.1 Instrumento que actúa sin capacidad de acción

Ejemplo: A empuja a B a la piscina y éste cae sobre C, produciéndole lesiones

En el presente caso, A se sirve de B como "objeto" de ataque, generando en éste, con el empujón, una situación de fuerza irresistible que le impide controlar sus movimientos hasta el punto de no estar ante una "acción". En estos casos, si bien por algunos autores se afirma la existencia de una autoría mediata, otros autores, más correctamente, prefieren hablar de una autoría directa. En palabras de MIR PUIG, "cuando [el instrumento] no realiza un comportamiento humano no se halla justificado acudir a la autoría mediata, pues la utilización meramente material de una persona, sin que ésta actúe como tal bajo el control de su volunta, no tiene por qué distinguirse del empleo de otro instrumento no humano. Conviene considerar a la persona de atrás autor directo"[126].

1.4.3.2.2 Déficit de conocimiento en el instrumento

Ejemplos:

(1) El chef de un restaurante le dice al camarero que lleve a la mesa del comensal a quien quiere matar un plato de comida donde previamente ha puesto veneno.

(2) A le dice a B que la pistola está descargada y le propone dar un susto a C haciendo que le dispara. En dicha creencia errada B aprieta el gatillo y mata a C.

(3) A le dice a un empleado suyo que una determinada maleta que está en la cinta transportadora del aeropuerto es suya y que la cargue en el coche. Sin saber que la maleta pertenece a un tercero, el empleado carga la maleta en el coche y se la lleva.

(4) El marido de una mujer extranjera y que lleva muy poco tiempo viviendo en el país la convence de que en ese país el aborto no está penalizado y, contando también con un médico quien no saca del error a la mujer, hace que ésta se produzca el aborto del hijo que esperan.

En estos casos estaremos ante un supuesto de autoría mediata si el hombre de atrás ha generado el error en el instrumento y se aprovecha del mismo para producir un resultado típico. El error puede recaer sobre:

126 MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, p. 380

a) la peligrosidad del hecho (ejemplos 1 y 2),

b) la concurrencia de otros elementos que hacen la conducta típica (ejemplo 3, en el que hay un error acerca de la ajenidad de la cosa),

c) la prohibición (ejemplo 4).

Para atribuir la autoría del hecho al hombre de atrás resulta indiferente, en principio, si el error en que se haya sumido el instrumento dará lugar a la impunidad de su conducta - por estar ante errores invencibles, ya de tipo, ya de prohibición -, o si, en cambio, pudiera ser, a su vez, hecho responsable del delito al haber actuado en un error vencible.

1.4.3.2.3 Déficit de libertad en el instrumento

Más complejos son los supuestos en los que el instrumento actúa movido por un déficit de libertad, por lo que procede distinguir los siguientes casos.

1.4.3.2.3.1 Supuestos de coacción

Los casos de coacción presentan más dudas, en relación con la cuestión de si cabe la autoría mediata. Ello se debe a que, de una parte, el instrumento que actúa coaccionado actúa con dolo y realiza un hecho típico y, en muchas ocasiones, antijurídico; de otra, a que en estos casos, el sujeto sí tiene capacidad, aunque limitada, para decidir acerca de la lesión del bien jurídico, a diferencia de aquéllos en los que existe un error, en los que la falta de conocimiento sobre la trascendencia de su acción impide al sujeto tomar una decisión al respecto.

El problema radica en la delimitación entre inducción y autoría mediata: determinar si estos casos, o cuáles de ellos, deben considerarse de autoría mediata o si, en cambio, han de ser considerados como una inducción. A diferencia de en los casos en los que el instrumento no realiza una acción típica (por un error de tipo), en estos casos, por lo general, el instrumento actúa típica y antijurídicamente, por lo que, desde el principio de accesoriedad limitada –que después veremos- y aun cuando la amenaza anulara completamente la capacidad de elección y con ello la culpabilidad, no habría obstáculos teóricos para entender que el hombre de atrás solamente participa en el hecho principal realizado por la persona que fácticamente ejecuta el tipo, dado que esta acción sería antijurídica. De hecho, lo cierto es que la coacción, bajo la forma de amenazas, aparece expresamente recogida en el art. 60 del CP como una forma de complicidad: "se castigarán como cómplices…aquéllos

que por dádivas, promesas, amenazas, abuso de poder o de autoridad…provocaren esa acción o dieren instrucción para cometerla". Por ello, como ya se ha anticipado, el ámbito de la autoría mediata no puede abarcar todos los supuestos en los que un sujeto emplee la amenaza para que otro actúe delictivamente, sino que, de hecho, y dado que el propio legislador regula dicha conducta como una forma de participación, la regla habrá de ser considerarlo como inducción y la excepción hallar una autoría mediata.

En cualquier caso, dentro de la instrumentalización bajo coacción es preciso distinguir varios supuestos.

a) Por una parte, estaremos siempre ante una autoría mediata en los casos en los que con la amenaza el hombre de atrás sitúe al instrumento ante una situación de estado de necesidad, porque el delito que haya de realizar bajo coacción sea menos grave que el mal con que se amenaza.

Ejemplo: A conmina a B a que se apodere de determinadas joyas en la joyería en la que trabaja bajo la amenaza de matar a su mujer, a la que ha secuestrado.

En estos casos, la conducta del instrumento no sería antijurídica, al estar amparada bajo un estado de necesidad, por lo que, bajo el criterio de la accesoriedad limitada, la conducta del hombre de atrás o se califica como autoría o quedará impune, pues no cabe participar en un hecho que no es contrario a derecho.

b) En los casos en los que la conducta del agente sí sea antijurídica, la doctrina alemana, por lo general, acoge para tal distinción el criterio de la responsabilidad, según el cual la utilización de la coacción sólo dará lugar a una autoría mediata cuando ésta, por las circunstancias en que se realiza y la gravedad de la amenaza, llegue a anular la capacidad de decisión del sujeto acerca de la lesión del bien jurídico, pues sólo entonces podrá decirse que el hombre de atrás ejerce un pleno dominio sobre la decisión de producir el resultado[127]. En caso contrario, nos hallaremos ante una inducción.

1.4.3.2.3.2 Supuestos de utilización de inimputables

Un grupo diverso de casos se plantea cuando el hombre de atrás se sirve de sujetos que se hallan en una situación de inimputabilidad. Entre los mismos suele ponerse el ejemplo de la utilización de un niño menor de edad para llevar a cabo un delito, o la utilización de una persona con una demencia severa o en estado de embriaguez.

127 Cfr. BOLEA BARDON, La Autoría mediata, pp. 256 s. En la doctrina alemana y española, la cuestión no suele ser abordada con demasiada profundidad, debido a que la inducción, a pesar de configurarse como una forma de participación, posee, tanto en el CP español como en el alemán, la misma pena que la autoría. En cambio, esa cuestión se torna crucial en el derecho penal dominicano.

Al igual que hemos mencionado en los supuestos anteriores, en este caso la conducta del hombre de atrás podría ser tanto de autoría (mediata) como de inducción. Ello se debe a que quien actúa en estado de inimputabilidad realiza, no obstante, una conducta contraria a Derecho (antijurídica), por lo que, aunque dicha conducta quedara impune por serle aplicable una causa de exención de pena, quien participe en la misma puede ser condenado como cómplice.

En esta cuestión, una serie de autores traza la diferencia a partir de enfatizar la idea de instrumentalización. En efecto, si la autoría mediata consiste precisamente en la utilización de otra persona como un instrumento, sólo habríamos de estar ante una verdadera autoría mediata cuando la situación de falta de libertad en virtud de la que el sujeto de delante pasa a ser instrumentalizado ha sido provocada por el hombre de atrás; a sensu contrario, en los casos en los que el sujeto se aproveche de una situación de falta de libertad de decisión surgida previamente por otros factores, no estaremos ante una autoría mediata, sino ante una mera inducción.

Así, por ejemplo, un caso de autoría mediata sería el de quien con intención de que un sujeto mate a otro y conocedor de sus tendencias violentas cuando bebe, lo invita a beber hasta caer en un estado de embriaguez para después sugestionarle con la idea de producir la muerte a la víctima.

En cambio, utilizar a un menor o a una persona psíquicamente discapacitada para un fin delictivo, a pesar de la mayor facilidad que dicha situación conlleva de cara a ser inducido al delito, sería un acto de inducción (del art. 60 CP), pues la situación no es creada o provocada por el autor.

Frente a ese punto de vista restrictivo de la autoría mediata, la mayoría de la doctrina no otorga relevancia a la diferencia entre provocación y utilización de la incapacidad de libre decisión del sujeto, y considera que tanto en un caso como en otro cabe afirmar la autoría mediata, siendo el aspecto relevante la efectiva incapacidad (o seria disminución) de la capacidad de actuar libremente del instrumento; considerando algunos autores que incluso actos de mera complicidad como aportar los instrumentos para el delito – sin haber generado al mismo tiempo la decisión de delinquir- pueden ser constitutivos de autoría mediata si la inimputabilidad del instrumento le impide ostentar el dominio efectivo de la decisión . En este sentido, lo fundamental será si el déficit de libre decisión pone en manos del hombre de atrás el dominio del riesgo para el bien jurídico.

Tal es, por ejemplo, el punto de vista de Jescheck, quien manifiesta que en la autoría mediata "surgen dudas cuando alguien hace realizar el delito por un instrumento incapaz de culpabilidad (un niño, una persona ebria o un enfermo mental), pues en estos casos, en virtud de la limitación de la accesoriedad, pueden incluirse estructuralmente tanto en la autoría mediata como en la inducción. Lo decisivo es

128 ROXIN, Autoría y dominio del hecho, pp. 257 ss.

aquí, como siempre, el dominio del hecho por parte del 'hombre de atrás'. Concurre con seguridad si éste ha originado intencionadamente la incapacidad de culpabilidad del mediador, por ejemplo, merced a la embriaguez, para hacerle dócil a su propósito. Pero también ha de apreciarse autoría mediata cuando hay mero conocimiento de la incapacidad de culpabilidad y aprovechamiento de tal estado en relación con el hecho. Si, por el contrario, el niño o el enfermo mental son excepcionalmente capaces de adoptar una decisión propia, existe un inducción"[129].

Así, no será lo mismo aprovecharse de un niño de ocho años para provocar un incendio, que hacerlo con uno de 15; de igual modo que no será lo mismo provocar una leve embriaguez que un estado de hipnosis con el fin de que el sujeto atropelle a otro con un vehículo.

1.4.3.2.4 Déficit de cualificación típica en el instrumento

Un supuesto ulterior que suele plantearse en los delitos especiales es el caso en el que una persona que posee los elementos de autoría requeridos por el tipo (funcionario, autoridad, juez, etc.) utiliza a una persona que carece de dicho requisito típico para realizar un delito que sólo puede ser realizado por quienes poseen dicha cualificación.

Ejemplo: Un juez, administrador o funcionario llama a su casa y le dice a su mujer que destruya determinados actos y títulos (de los que menciona el art. 173 CP) que llevó en su maleta la noche anterior y que posee en depósito por razón de su cargo.

A diferencia de en otros grupos de casos ya estudiados, en los que la cuestión se reducía a determinar si existía una inducción o una autoría mediata, en el presente supuesto la alternativa pasa por la autoría o la impunidad. Ello es así porque el sujeto que fácticamente ejecuta la acción (la mujer que destruye los papeles en nuestro ejemplo) no tiene la cualificación típica requerida (no es funcionaria o administradora), por lo que su conducta sería atípica y, en consecuencia, a menos que se pueda considerar autor mediato al hombre de atrás, también su conducta sería atípica y, por tanto, impune, pues, como ya hemos mencionado y veremos en páginas posteriores de esta lección, la participación delictiva presupone intervenir en un hecho principal típico y antijurídico.

También aquí debemos distinguir dos supuestos básicos. De una parte, si por el hombre de atrás se induce a un error o se emplea la coacción, estaremos ante un supuesto "normal" de autoría mediata, a analizar según lo afirmado con anterioridad. Así, aun cuando estemos ante un delito especial, si el hombre de atrás reúne la cualificación típica requerida, y si instrumentaliza efectivamente a la persona que ejecuta los actos típicos, no habrá problema en atribuirle a él la autoría.

129 JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, p. 608-609.

Los casos problemáticos son aquellos en los que no concurren tales formas de instrumentalización sobre el instrumento, sino que el sujeto de delante, quien fácticamente realiza el hecho típico, actúa con un dominio propio de la acción, siendo la única circunstancia especial la de que éste no reúne el requisito típico para poder ser autor.

La doctrina se halla muy dividida en esta cuestión. Si bien se asume que esa estrategia delictiva no puede llevar a la impunidad de ambos intervinientes, pues nos hallaríamos ante un evidente fraude de ley, no se ha alcanzado un mínimo consenso acerca de cual habría de ser la solución adecuada para fundar el castigo.

Así, para Roxin, estos casos deben resolverse prescindiendo del criterio del dominio del hecho, bajo la consideración de que los delitos especiales [130]constituyen delitos de infracción de deber y no de dominio, en los que la autoría se rige por reglas distintas, pudiendo considerarse autor al que infringe el deber específico derivado de su cargo[131].

Por otros autores, como Jescheck, se apela a un concepto "normativo" y no fáctico, del dominio del hecho, considerando que la autoría en estos casos se funda porque la capacidad de autoría del hombre de atrás, unido al influjo psicológico propio de la inducción sobre el de delante, permite afirmar un dominio jurídico del hecho delictivo atribuible al hombre de atrás y erigirlo, entonces, en autor[132].

Finalmente, otros penalistas como Bolea Bardón proponen castigar estos casos bajo la forma de la comisión por omisión, entendiendo que el funcionario o el administrador tienen un deber de garante sobre, por ejemplo, los documentos que tienen a su cargo, por lo que la creación de una situación de riesgo sobre esos documentos, consistente en inducir a otro en su destrucción, unido a no haber evitado que ese riesgo desemboque en la lesión, permite atribuirles el resultado como autores del mismo en comisión por omisión[133].

1.4.3.3 La autoría mediata en los "aparatos organizados de poder"

El penalista alemán Roxin denomina de ese modo a los supuestos en los que el delito se realiza por miembros de una organización jerárquicamente organizada, y donde se plantea la controversia relativa a la responsabilidad penal que debe ostentar la persona que se halla en la cúspide de la organización, quien tiene, afirma ese autor, el "dominio de la organización"[134], pero que, sin embargo, no realiza actos ejecutivos –no roba, no lesiona, no mata-.

130 Esto es, delitos que sólo pueden ser realizados por un círculo determinados de sujetos en virtud de un determinado rol: funcionarios, jueces, etc.
131 ROXIN, Autoría y dominio del hecho, pp. 396 ss.
132 JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, p. 610.
133 BOLEA BARDON, La Autoría mediata, pp. 433 ss.

En un primer momento la cuestión se planteó para responder a la responsabilidad de los mandos superiores en los crímenes cometidos por Estados totalitarios; casos como el Eichmann en el régimen nazi. Pero con posterioridad el planteamiento se ha ido extendiendo a organizaciones delictivas estables – mafias- o incluso a organizaciones empresariales.

El problema jurídico-penal que se plantea es el que ya habíamos mencionado con relación a la coautoría del "jefe de la banda": que resulta insatisfactorio valorativamente imponer la pena de la complicidad por mera inducción a quien ocupa un papel central en la realización del hecho punible. Ciertamente, si se dan los supuestos de coacción o error propios de la autoría mediata, entonces no habría inconveniente en aplicar dicha forma de autoría. Pero el problema radica en que en dichas organizaciones, la realización de los actos típicos por parte de los subordinados se produce sin tales mecanismos de coerción o instrumentalización, e incluso – como en el caso del exterminio judío- sin tener que concretar en cada ocasión la orden de actuar. En palabras de Roxin, lo característico es que ese tipo de organización "despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona 'automáticamente', sin que importe la persona individual del ejecutor…El sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa…puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global".

A juicio de este autor, el factor decisivo para poder fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos y, con ello, asignarle el carácter de autor mediato, reside en la "fungibilidad del ejecutor": "el ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mimo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer"[135].

Si bien dicha concepción ha sido objeto de muchas objeciones por la doctrina (especialmente por la de habla hispana, más reacia a su asunción), cabe mencionar, como ejemplos de su alcance, que la misma fue empleada en Argentina por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal en el proceso seguido por los delitos cometidos durante el último Gobierno de la dictadura militar; así como por el Tribunal Supremo alemán para juzgar a los dirigentes de la extinta República Democrática Alemana por los asesinatos cometidos por los soldados que vigilaban el muro de Berlín, a las personas que intentaban escapar saltándo.

134 ROXIN, Autoría y dominio del hecho, pp. 268 ss.
135 ROXIN, Autoría y dominio del hecho, pp. 270-271.

Esos supuestos de aparatos organizados de poder son resueltos por otros autores, en cambio, a través de la figura de la coautoría, considerando que los mandos de la organización pueden ser coautores porque ejercen un dominio efectivo sobre ella, y que la resolución conjunta de delinquir se construye de modo tácito a través de la mera pertenencia a la organización.

Por último, no faltan voces que reprochan a estas construcciones alterar los criterios de imputación de responsabilidad de la teoría del delito para hacer frente a casos excepcionales, y que postulan, siguiendo los criterios generales, castigar en estos casos por inducción o, en su caso, por complicidad[136].

1.4.3.4 La tentativa en la autoría mediata

¿Cuándo comienza la tentativa en la autoría mediata? Dado que en ella intervienen al menos dos sujetos –el hombre de atrás y el instrumento-, la doctrina ha planteado dos alternativas.

Ejemplo: El médico, con la intención de matar a su paciente, da a la enfermera una medicación para que se la suministre a éste por vía intravenosa, sin que la enfermera sepa que el paciente es extremadamente alérgico a la misma y morirá con seguridad.

5 Según los partidarios de la solución del autor mediato, la tentativa comenzará ya con la última intervención de éste, sin que sea entonces necesario esperar a la intervención del instrumento. En nuestro ejemplo, ya existiría una tentativa punible cuando el médico proporciona la medicación a la enfermera, o cuando le da la orden de que se la ponga.

6 Según la solución del instrumento, la tentativa no comenzará hasta que el instrumento realice los actos propiamente ejecutivos. En nuestro ejemplo, no habría una tentativa hasta que la enfermera se dispone de modo inmediato a inyectar la medicina al paciente.

Si bien la segunda línea doctrinal tiene la ventaja de seguir los criterios generales de delimitación del comienzo de la tentativa, aplicando los propios de la tentativa de autor individual, la solución del autor mediato sitúa el comienzo de la responsabilidad penal sobre quien es considerado autor del delito, lo que resulta más razonable. Además, puede decirse que, dado que el instrumento no tiene el control sobre el riesgo de la situación, en la finalización de la acción del autor mediato se da ya una situación

136 Sobre todo ello, cfr. BOLEA BARDON, La Autoría mediata, pp. 358 ss., citando a Jescheck/Weigend, Otto o Jakobs.

de peligro que debe ser penalmente relevante como tentativa, porque ya desde ese momento el autor abandona el control sobre la situación de peligro y queda éste librado al azar[137].

2. LA PARTICIPACIÓN: LA COMPLICIDAD EN EL DELITO

2.1 CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Como habíamos dicho, cuando en un hecho intervienen varias personas pueden éstas realizar contribuciones de distinta relevancia para el fin delictivo. Si los autores se caracterizan por ocupar un papel central en el hecho punible, atribuyéndosele el mismo como una obra propia, los partícipes, por el contrario, ocupan un papel secundario, en la medida en que su contribución posee una menor relevancia para la producción del resultado lesivo.

Si el hecho punible se va a imputar a los autores, la participación, en consecuencia, consiste en la contribución a un hecho ajeno. Ello implica, para empezar, que la participación sólo puede concurrir cuando existe un hecho principal atribuido a un autor (principio de accesoriedad).

En segundo lugar, y como ya habíamos mencionado, desde el punto de vista de la tipicidad penal ello conlleva que la participación deberá requerir una tipificación expresa por parte del legislador, dado que la conducta de participación no puede subsumirse en la descripción típica del delito correspondiente de la parte especial (tipos de autoría). Así, el cómplice de un homicidio (por ejemplo, quien proporciona la pistola con la que otro mata a un tercero) no realiza el tipo del homicidio, sino que realiza un tipo de complicidad, que en el CP dominicano se ubica en los arts. 59 y siguientes.

Si las conductas de participación no realizan por sí solas el hecho punible, si no lesionan el bien jurídico protegido por la norma de conducta, es preciso plantearse la razón de su castigo. Al respecto, se han venido manejando dos fundamentaciones. De una parte, la doctrina más antigua propuso la teoría de la corrupción, según la cual la razón del castigo al partícipe había que hallarla en el influjo de dichas conductas sobre el autor principal para la realización del hecho, en su contribución a la culpabilidad del autor.

De otra parte, en la actualidad se sostiene un fundamento más compatible con el principio del hecho, basado en la llamada teoría del favorecimiento o de la causación. Según esta concepción, el castigo de la participación radica en el favorecimiento objetivo a la lesión del bien jurídico que tales conductas conllevan. Además de por lo ya afirmado, esta postura resulta más coherente con la accesoriedad limitada – que veremos a continuación - al no exigir o presuponer la culpabilidad del autor principal como requisito para la participación punible.

137 Sobre todo ello, cfr. ALCÁCER GUIRAO, Tentativa y formas de autoría.

Citando a Mir Puig, la teoría de la causación es la "más convincente. La imputación personal (lo que suele denominarse es una cuestión personal de cada sujeto: su sentido se agota en permitir la atribución al sujeto del hecho antijurídico; que falte esa atribuibilidad respecto de uno de los sujetos que intervienen en un hecho antijurídico sólo puede afectarle a él, y no rompe la relación entre dicho hecho y los demás sujetos que contribuyen a su realización, si a tales sujetos sí les es atribuible tal relación. El partícipe contribuye a causar el hecho del autor, sea interponiendo una condición propiamente causal del mismo…sea favoreciendo eficazmente su realización (lo que basta para la complicidad). Si, además, puede imputársele personalmente esa contribución, ¿por qué no habría de atribuírsele por la circunstancia, ajena a él y que no empece a la antijuridicidad del hecho favorecido ni por tanto a la de su favorecimiento, de que al autor no pueda atribuírsele personalmente su hecho?"[138].

2.2 LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN

Después de lo afirmado, podemos concluir que la conducta del partícipe es accesoria respecto del hecho principal realizado por el autor, de modo que sin la existencia de éste no cabe fundamentar una participación. Expresado gráficamente: si no concurre el hecho del autor no hay nada en lo que participar.

Ahora bien, ese grado de accesoriedad puede ser de diferente intensidad, por lo que es preciso concretar cuál ha de ser el grado de dependencia del hecho de autoría. Caben tres alternativas:

a) accesoriedad mínima: basta con que la conducta del autor sea típica, aunque no sea antijurídica (esto es, concurra una causa de justificación), para que la conducta de participación pueda castigarse.

Ejemplo: A rompe la ventana de la casa de B para entrar a sacar a la hija pequeña de éste que se había quedado dentro sola, con una maza que le proporciona C.

b) accesoriedad limitada: el hecho de autoría debe ser típico y antijurídico, pero no es preciso que sea culpable.

Ejemplo: A A, quien se halla en estado de embriaguez plena, comienza una pelea con B y le pide a C que le pase la navaja que guarda; C se la da y A hiere de gravedad a B con el arma.

138 MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, p. 397

c) accesoriedad máxima: la conducta del autor debe ser no sólo típica y antijurídica, sino también culpable.

¿Cuál es la opción preferible? La práctica totalidad de la doctrina opta por el grado intermedio de la accesoriedad limitada. Los argumentos para ello serían que la justificación de una conducta (actuar, por ejemplo, en estado de necesidad o en legítima defensa) tiene un alcance erga omnes: no es un juicio sobre el autor, sino que la conducta se considera acorde a derecho, por lo que quien participa en una conducta acorde a derecho no puede realizar al mismo tiempo una conducta contraria a sus normas.

En cambio, en nada ha de afectar a la punibilidad de la participación el que la conducta principal haya sido realizada sin culpabilidad, puesto que ello es una circunstancia que sólo afecta al autor del hecho y que no excluye a la conducta del ámbito de lo prohibido.

La idea de la accesoriedad implica, además, que la pena de la participación no es autónoma, sino que dependerá del grado de ilicitud de la conducta del autor. Así, por ejemplo, si la conducta del autor principal queda en grado de tentativa, no podrá imponerse al partícipe la pena del delito consumado, por cuanto, lógicamente, éste no ha llegado a producirse, sino que tendrá que modularse (según las reglas dispuestas en los arts. 59 y ss. CP) a partir de la pena prevista para la tentativa del delito correspondiente.

La asunción de la accesoriedad limitada implica, en suma, que requisito mínimo para la participación ha de ser que la conducta en la que se participa sea típica y antijurídica; sin que, a sensu contrario, afecten a la posibilidad de participación, ni a la pena a imponer al partícipe, que finalmente la conducta del autor haya quedado impune por razones que no afectan a la antijuridicidad, tales como que el autor haya actuado sin culpabilidad o, por ejemplo, haya desistido de su conducta.

2.3 CLASIFICACIÓN DOGMÁTICA: LA INDUCCIÓN Y LA COMPLICIDAD

Como ya hemos anticipado, los modos de participación suelen ser divididos en dos formas básicas: la inducción y la complicidad. A pesar de que el CP dominicano no establece de manera expresa tal distinción, agrupando toda forma de participación bajo la noción de "complicidad", lo cierto es que bajo las formas de "complicidad" en sentido amplio recogidas en los arts. 59 y 60 pueden distinguirse dos estructuras básicas, que se corresponden con la inducción y lo que llamaremos complicidad en sentido estricto. De ahí que resulte necesaria una aproximación a tales formas de intervención en el hecho delictivo.

2.3.1 La inducción

En los términos de Roxin, la inducción puede definirse como la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico, de la resolución y realización por parte de otra persona de un delito de autoría doloso. El inductor se limita, así, a provocar en otro la resolución de delinquir a través de un influjo psíquico, si bien, a diferencia de la autoría mediata, tal influjo no conlleva una merma de libertad de decisión en el autor.

En principio, cualquier medio puede ser idóneo para generar esa resolución de voluntad en el autor del hecho, pudiendo ser realizada a través de dádivas, promesas o incluso amenazas, siempre que éstas últimas no den lugar a una pérdida de la libertad de decisión que, como acabamos de mencionar, convierta al agente en un mero instrumento determinado por el inductor, porque entonces nos hallaríamos ya en el ámbito de la autoría mediata.

a) Desde un punto de vista objetivo, los requisitos de la inducción pueden perfilarse desde la teoría de la imputación objetiva, considerando como "resultado" propio de la inducción la generación de la resolución del inducido.

Así, el primer requisito objetivo sería el de la causalidad: el influjo psíquico del inductor debe ser causal para la resolución del delito por parte del inducido, en el sentido de la teoría de la conditio sine qua non. Esa relación causal no se dará en los casos del omnimodo facturus: casos en los que la persona a la que se intenta inducir ya estaba resuelta a cometer el delito. En estos casos, siempre que pueda probarse que la conducta del inductor ha supuesto al menos un refuerzo psíquico a la resolución de delinquir ya previamente existente, podrá castigarse por complicidad, de igual modo que acontecería cuando la acción del partícipe consistiera en proporcionar meros consejos o estrategias de realización del hecho delictivo, pero sin la intensidad suficiente para conformar la voluntad delictiva ajena.

En este sentido, debe poder afirmarse que la conducta de inducción ha sido adecuada (en cuanto a intensidad) para generar esa resolución de voluntad. En concreto, y además de suficientemente intensa, tiene que ir dirigida a generar la resolución delictiva respecto de un delito concreto y a un autor concreto, sin que sea admisible como inducción una provocación genérica a realizar conductas delictivas, dirigida a una generalidad de personas.

Además, la inducción debe ser directa; esto significa que no cabe la inducción a una inducción, o, lo que es lo mismo, la inducción en cadena. No obstante, hay autores que la admiten.

Por último, y dada la relación de accesoriedad que une a la participación con el hecho principal, es preciso que se haya realizado – al menos en fase de tentativa- la

conducta delictiva de autoría; sin que sea susceptible de castigarse por inducción los casos de "inducción frustrada", en los que, a pesar de haberse generado la resolución delictiva, el inducido no llega a realizar, por las razones que sean, los actos típicos.

b) Desde el plano subjetivo, la inducción debe ser dolosa, bastando el dolo eventual. No cabe, en consecuencia, la inducción imprudente. El ámbito del dolo determina el marco de lo que puede serle imputado como inducción. Así, no le serán atribuibles como inducción los delitos realizados por el autor principal que constituyan un exceso respecto de la resolución de voluntad generada por aquél si su realización no fue abarcada al meno con dolo eventual.

Ejemplo: A induce a B a cambio de precio a que amenace a C con causarle un daño si no le paga lo que le debe. B, en lugar de limitar su conducta a la preferencia de amenazas, propina a C un navajazo en la mano, amputándole un dedo.

No obstante, se ha afirmado que en los supuestos de exceso en el ámbito de inducción, los límites del dolo del inductor han de trazarse con mayor amplitud que los del dolo en la coautoría y la autoría mediata, porque es inherente a la esencia de la inducción que el inductor deje al criterio del autor los detalles de la ejecución[139].

Ahora bien, el inductor, desde la citada relación de accesoriedad, sólo responderá por lo efectivamente realizado: si el autor principal realiza menos del objeto de la inducción, el inductor sólo responderá por el delito realizado; siempre que, lógicamente, esté abarcado por el dolo.

Ejemplos:

(1) A induce a B a matar a C, y C dispara con intención de matar pero B resulta solamente lesionado y no muere.

(2) A induce a B a matar a C, pero B se arrepiente y opta únicamente por herir B.

En el primer caso, A sería inductor de la tentativa de homicidio. En el segundo caso, sería inductor de las lesiones dolosas, porque el dolo de matar engloba el de lesionar.

139 JESCHECK, Tratado de Derecho penal, p. 628

La doctrina entiende que en la inducción concurre un dolo "doble": no sólo debe ir dirigido a generar la resolución de voluntad delictiva, sino además a conseguir la producción del resultado lesivo a través el hecho principal. Desde esta exigencia puede justificarse la impunidad del llamado "agente provocador", quien actúa como inductor pero sin pretender que el autor culmine su acción delictiva.

2.3.2 La complicidad

La complicidad puede definirse como la realización de actos de ayuda o favorecimiento al delito realizado por otro, pudiendo consistir ya en la aportación de un bien (armas, por ejemplo), ya en conductas de apoyo (actos de vigilancia, por ejemplo), ya en refuerzos de carácter psíquico.

Los mismos requisitos derivados de la accesoriedad limitada que mencionamos en la inducción son aplicables en sus exactos términos para la complicidad: la acción debe ser típica y antijurídica, lo que a su vez implica que tiene que haberse sobrepasado la fase de comienzo de la tentativa.

a) Por lo que respecta a su aspecto objetivo, la complicidad debe consistir en una aportación efectiva al hecho principal, que haya constituido una contribución al mismo. La doctrina discute si es necesario acreditar una relación de causalidad entre la acción de complicidad y la realización del delito por el autor. En principio, puede considerarse correcta esa exigencia, si bien su prueba resultará extremadamente difícil en los casos de complicidad por refuerzo psíquico de la decisión de delinquir o en las contribuciones mínimas no directamente conectadas con el resultado.

Ejemplo: En un robo a un banco, cuya realización pasa por excavar un túnel desde la casa de enfrente, el cómplice C se encarga de ir dando botellas de agua a los que trabajan cavando el agujero.

Lo que resulta indudable, por otra parte, es que la conducta de complicidad debe haber supuesto algún tipo de ayuda, por mínima que sea. Así, no cabrá castigar por la participación si la aportación que se realiza no llega a ser utilizada para la realización del delito, salvo que pueda castigarse como un refuerzo psíquico.

Ejemplos:

(1) A petición del autor, C proporciona a aquél una pistola para matar a otro, si bien al final el autor opta por cometer el homicidio con una bomba.

(2) A petición de una banda terrorista, C se encarga de ejercer una amplia labor de seguimiento de un político, proporcionando después la información obtenida sobre los horarios de aquél para la planificación de su asesinato. No obstante, al final uno de los miembros de la banda se encuentra de casualidad, y sin haber dependido de esa información, al político en un lugar de vacaciones y opta por dispararle allí mismo.

b) En lo tocante a su aspecto objetivo, y al igual que hemos afirmado de la inducción, la complicidad debe, en principio, ser dolosa, bastando con un dolo eventual. Debe existir un doble dolo: tanto referido a prestar la ayuda como el referido a la realización del hecho principal Y, de igual modo, lo representado por el dolo será el límite de la atribución por complicidad en caso de que el autor vaya más allá de lo que el cómplice había asumido.

Ejemplo: C accede a vigilar desde la puerta de la casa en la que A piensa entrar a robar. Una vez dentro, A no encuentra nada de valor y opta por violar a la mujer que había dentro.

En este caso, C no podría ser hecho responsable como cómplice de la violación, porque no formaba parte de su dolo de complicidad[140]; sólo sería cómplice de una tentativa de robo. En cualquier caso, debe tenerse presente lo antes afirmado, relativo a que en los supuestos de participación el dolo debe trazarse con mayor amplitud. Así, puede haber casos en los que desde una comprensión laxa del dolo eventual la conducta de autoría sí podría quedar abarcada por el dolo.

Ejemplo: C le presta a A su pistola para atracar una joyería, confiando en que sólo la utilizará para amenazar al dueño. No obstante, A, ante la resistencia del dueño a entregarle las joyas, le dispara y lo mata. En este caso, podríamos concluir que la confianza de C en que A no haría uso de la pistola no es del todo racional, puesto que, de una parte, el mero uso de un arma es ya muy peligroso, y, de otra, el dominio sobre la situación no lo tiene C, sino A, en cuyas manos C ha puesto el control del peligro que supone el uso de la pistola. Estamos ante un caso dudoso, pero en el que podría atribuirse a C, siquiera con dolo eventual, no sólo la complicidad por el robo, sino también la complicidad en un homicidio.

c) La cuestión esencial radica en establecer el criterio de diferenciación entre la complicidad y la coautoría, dada la evidente diferencia de penalidad que establece el art. 59 CP. En principio, la misma conducta puede ser de coautoría o complicidad

140 Y de coautoría: después veremos cuáles han de ser los criterios de diferenciación entre coautor y cómplice.

según la relevancia que la misma tiene para la realización del plan delictivo, por lo que, ciertamente, el punto de partida será encontrar un criterio que permita discriminar aportaciones de mayor o menor relevancia.

Para trazar dicha diferenciación podemos partir de dos criterios: el primero atiende al momento de realización del hecho – si bien su papel se limitará a servir como mera orientación -, y el segundo al de la importancia para la realización del hecho.

- Momento de realización del hecho

En principio, la acción del cómplice puede tener lugar tanto en la fase de preparación del hecho como en la fase de ejecución. Ejemplo de lo primero puede ser el proporcionar las herramientas para llevar a cabo el delito, o proporcionar información sobre el sistema de alarma de un banco que después se robará. Ejemplo de lo segundo sería la realización de actos de vigilancia mientras los autores roban el banco, o distraer a la víctima mientras el autor se apodera de sus pertenencias.

Y, como habíamos afirmado, la coautoría limita su ámbito de intervención, en principio, a la fase de ejecución, puesto que sólo quien actúa cuando el hecho está ya en fase de realización tiene un dominio de configuración del hecho típico.

Ello permite concluir que, como regla general, las aportaciones de medios o de hacer que se realicen en la fase de preparación serán de complicidad, por lo que los verdaderos problemas de delimitación con la coautoría se darán con respecto a conductas realizadas en fase de ejecución. No obstante, esa regla general no estaría exenta de excepciones, al menos si, como ya hemos comentado que asume un sector doctrinal, se admite que conductas realizadas en la fase preparatoria puedan configurar también la coautoría, dada su relevancia (ejemplo del "jefe de la banda"). En cuanto al ámbito temporal, es importante poner de relieve – por lo que luego diremos respecto de las formas de complicidad previstas en el CP – que la complicidad puede prestarse incluso más allá de la consumación, durante la fase de terminación del hecho[141].

- Importancia de la contribución

El criterio esencial será, en consecuencia, el de la importancia de la contribución. En este sentido, la complicidad se caracteriza por prestar una aportación secundaria, menor, no determinante del éxito del plan delictivo, y la escasa relevancia de esa contribución lo que permite negar que el cómplice tenga un dominio sobre el hecho, como sí tiene el coautor.

Un criterio adecuado puede ser el de atender a la "escasez" de la aportación, en el sentido de si la contribución realizada, ya consistente en la aportación de un bien, ya en la prestación de un auxilio activo, le habría sido difícil de conseguir al autor y, con ello, ha resultado determinante para la realización del hecho según su plan. Ello responde a la llamada teoría de los bienes escasos creada por Enrique GIMBERNAT, que ha tenido una amplia aceptación en la doctrina de habla hispana[142].

Según esta concepción, las contribuciones consistentes en la aportación de un bien serán de complicidad cuando el bien no sea "escaso", atendiendo a las circunstancias objetivas en que tiene lugar la aportación (una pistola puede ser un bien "escaso" en cuanto difícil de obtener en un país y en otro no) y a las subjetivas del autor (no será lo mismo si el autor tiene ya en su poder pistolas y recaba otra "por si acaso").

Por lo que respecta a las contribuciones consistentes en realizar una acción de auxilio al autor del delito, la "escasez" de la conducta deberá ponderarse el factor relativo a la apariencia de criminalidad de la conducta; así, será "abundante" y, por ello, inesencial, la conducta que todo ciudadano estaría dispuesto a llevar a cabo, factor que deberá en todo caso ponderarse en el caso concreto con las circunstancias subjetivas del autor y la efectiva influencia que la aportación haya ejercido sobre la realización del hecho.

En suma, podemos concluir afirmando dos líneas básicas para la diferenciación:

7 si la acción se realiza en la fase preparatoria será, por lo general, una aportación de complicidad, salvo que, excepcionalmente, por su importancia para la configuración global del hecho pueda ser elevada a coautoría.

8 Si la acción se realiza en fase de ejecución, estaremos ante una coautoría cuando la contribución sea, por su escasez, determinante para la realización del hecho.

CASO: Delimitación de autoría y complicidad

Objetivo Formativo: Delimitación entre intervención como coautor y como cómplice en supuestos de vigilancia.

Descripción del supuesto fáctico planteado:

140 Así, JESCHECK, Tratado de Derecho penal, p. 631.
141 Vid. GIMBERNAT, Autor y cómplice, pp. 153 ss.

Variante 1ª:

A y B se conciertan para robar en una fábrica situada en una zona industrial en la que, incluso de noche - momento en que pensaban entrar en la fábrica, cuando ésta estaba vacía- había constante circulación de vehículos y personas por las inmediaciones. Ante el riesgo de ser descubiertos mientras estuvieran forzando la caja fuerte que se hallaba en su interior, recabaron la ayuda de C para que se quedara vigilando fuera de la puerta de entrada y, en el caso de que alguien se dispusiera a entrar, avisara por el teléfono móvil a sus compañeros.

Variante 2ª:

La fábrica en la que A y B han planeado entrar se halla en una zona en la que de noche – cuando van a ejecutar el hecho – se halla desierta. No obstante proponen a C que se quede fuera para que vaya ejercitándose en labores delictivas, ganando al mismo tiempo en seguridad con respecto a la improbable posibilidad de que alguien pudiera aparecer por allí.

Ejercicio: Determinar en cada caso bajo qué forma de intervención – si como coautor o como cómplice – debe responder C, y argumentar por qué.

2.4 LA REGULACIÓN DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

El CP dominicano, en sus arts. 59 y ss., establece un listado de las posibles formas de participación en el delito, a las que asigna una pena menor que a la autoría; concretamente, según dispone el art. 59 CP, "a los cómplices de un crimen o de un delito se les impondrá la pena inmediatamente inferior a la que corresponda a los autores de ese crimen o delito; salvo los casos en que la ley otra cosa disponga".

Como ya habíamos anticipado, el legislador utiliza únicamente el término "cómplices" para englobar todas las formas de participación, si bien ello no obsta a que, dentro de las conductas descritas en tales preceptos, podamos establecer una clasificación entre conductas de inducción y conductas de complicidad en sentido estricto.

2.4.1 Modalidades de inducción

Como modalidades de inducción encontramos el primer grupo de conductas incluido en el art. 60 CP:

"Aquellos que por dádivas, promesas, amenazas, abuso de poder o de autoridad, maquinaciones o tramas culpables, provocaren esa acción o dieren instrucción para cometerla".

Como puede apreciarse, la descripción típica coincide plenamente con la noción doctrinal de inducción que antes hemos expuesto, debiendo tener presente, eso sí, que en los casos en que tales medios –especialmente la referencia a las amenazas- den lugar a la anulación de la plena capacidad e decisión del autor nos hallaríamos ya en el ámbito de la autoría mediata y no resultaría aplicable este precepto sino que la conducta, como forma de autoría, habría de ser subsumida directamente en el tipo legal correspondiente.

2.4.2 Modalidades de complicidad en sentido estricto

Como modalidades de complicidad en sentido estricto encontramos las siguientes (art. 60 CP):

1. "Aquellos que, a sabiendas, proporcionaren ambas o instrumentos, o facilitaren los medios que hubieren servido para ejecutar la acción".

2. "Aquellos que, a sabiendas, hubieren ayudado o asistido al autor o autores de la acción, en aquellos hechos que prepararon o facilitaron su realización, o en aquellos que la consumaron".

Como puede apreciarse, el legislador ha trazado una primera diferenciación entre aportación de objetos, de una parte, y contribución con actos, de otra; y una segunda, relativa a la posibilidad de realizar actos de complicidad tanto en la fase preparatoria como en la fase de ejecución del hecho típico. Todo lo cual coincide con la concepción dogmática de la complicidad que hemos expuesto en páginas anteriores.

Una cuestión sobre la que es preciso indagar, por cuanto sí plantea una diferencia importante con respecto a la noción de la complicidad, es si la expresión "a sabiendas" excluye la posibilidad de la complicidad con dolo eventual. Al respecto, caben dos formas de interpretar tal elemento subjetivo:

- En primer lugar, adoptar una interpretación restrictiva, limitando la noción a los casos de dolo intencional y dolo directo, puesto que sólo en ellos hay un conocimiento seguro de la producción del resultado; resultado que, en este caso, sería la realización del delito por parte de los autores.

- En segundo lugar, optar por una interpretación extensiva, inclusiva del dolo eventual, vinculando ese "saber" no a la producción del resultado – al fin y al cabo algo siempre futuro y, en esa medida, incierto -, sino al riesgo de que ello (la realización del hecho) ocurra. En otras palabras, considerando que también actúa "a sabiendas" quien participa en un hecho sobre el que asume su realización aun sin tener un conocimiento cierto.

Esta opción debe considerarse más correcta, y ello porque, siendo acorde con el principio de legalidad, no incurre en la contradicción valorativa a que conduciría admitir un dolo eventual en la inducción –en la que ninguna concreción subjetiva se hace- y negarlo en la complicidad.

b) Junto a las citadas, los artículos 61 y 62 incorporan también otras modalidades de complicidad:

"Aquellos que, conociendo la conducta criminal de los malhechores que se ejercitan en salteamientos o violencia contra la seguridad del Estado, la paz pública, las personas o las propiedades, les suministren habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión, serán castigados como sus cómplices" (art. 61 CP).

"Se considerarán también como cómplices y castigados como tales, aquellos que a sabiendas hubieren ocultado en su totalidad o en parte, cosas robadas, hurtadas, sustraídas o adquiridas por medio de crimen o delito" (art. 62 CP).

Por lo que respecta a la primera modalidad, constituye una suerte de delito de habitualidad, que no precisa, en consecuencia, que las acciones descritas se vinculen a una concreta acción delictiva de los autores (porque en ese caso ya podría ser subsumida en el art. 60), sino que se conforma con que exista una relación habitual de colaboración con quienes, en principio con el carácter de grupo criminal organizado, se dediquen a la realización del tipo de delitos citados en el precepto.

Por lo que respecta a la modalidad del art. 62 CP, su regulación independiente tiene sentido porque, a diferencia de las conductas de complicidad "normales", descritas en el art. 60, éstas no se realizan en la fase de preparación o de ejecución, sino en la fase de terminación, una vez que el delito ya se ha consumado. Estamos ante conductas de encubrimiento, caracterizadas por contribuir no a la realización del resultado lesivo, sino a servir como apoyo posterior a los autores del hecho, ya para obtener los beneficios económicos derivados de la realización del delito – de ahí la expresa referencia a delitos patrimoniales-, ya para evadirse de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R.,*Tentativa y formas de autoría*, 2001.
- BOLEA BARDÓN, C., *La autoría mediata en derecho penal*, 2000.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata en derecho penal*, 1996.
- GARCÍA DEL BLANCO, V., *La coautoría en derecho penal*, 2006.
- GIMBERNAT, *Autor y cómplice en derecho Penal*, 1966.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Derecho penal, Parte General. Teoría jurídica del delito,* 1984.
- JESCHECK, H. H., *Tratado de derecho penal. Parte General*, 1993, 4ª edición.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 2004 (7ª edición).
- QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, M., *Curso de derecho penal.* Parte General, 3ª edición, 2002.
- ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho, en derecho penal*, 6ª edición, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, J./BALDÓ LAVILLA, F./CORCOY BIDASOLO, M., Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales, Barcelona, 1997.

TEMA 7

LA ANTIJURIDICIDAD. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Juan Antonio Lascuraín Sánchez
Profesor Titular de Derecho Penal (Universidad Autónoma de Madrid) y
Letrado del Tribunal Constitucional.
España

1. LA ANTIJURIDICIDAD
- 1.1. LA ANTIJURIDICIDAD COMO REQUISITO DEL DELITO
- 1.2. ¿QUÉ ES ENTONCES LA ANTIJURIDICIDAD?
- 1.3 ¿PARA QUÉ SIRVE LA ANTIJURIDICIDAD?
- 1.4. SOBRE EL CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD

2. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.
- 2.1. CONCEPTO DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN
- 2.2. FUENTES DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN
  - 2.2.1. Fuentes posibles de las causas de justificación
  - 2.2.2. Fuentes de las causas de justificación en el ordenamiento penal de la República Dominicana
- 2.3. FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN
  - 2.3.1. El principio de ponderación de intereses
  - 2.3.1. Valor de acción y valor de resultado

2.4. ERRORES EN RELACIÓN CON LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

3. LA LEGÍTIMA DEFENSA.

3.1. El FUNDAMENTO DEL CARÁCTER JUSTIFICANTE DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

3.2 LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

3.3. PRIMER REQUISITO: AGRESIÓN ILEGÍTIMA Y ACTUAL A BIENES INDIVIDUALES

3.3.1. Agresión

3.3.2. Ilegítima

3.3.3. Actual

3.3.4. A bienes individuales

3.3.5. No provocada por el defensor.

3.4. SEGUNDO REQUISITO: LA NECESIDAD DE LA DEFENSA

3.5. TERCER REQUISITO: LA VOLUNTAD DE DEFENSA

3.6. LA LEGÍTIMA DEFENSA DESPROPORCIONADA

4. EL ESTADO DE NECESIDAD

4.1. EL FUNDAMENTO DEL CARÁCTER JUSTIFICANTE DEL ESTADO DE NECESIDAD

4.2. EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

4.3. PRIMER REQUISITO: SITUACIÓN DE NECESIDAD

4.4. SEGUNDO REQUISITO: EL MAL CAUSADO NO ES MAYOR QUE EL QUE SE TRATABA DE EVITAR

4.5. TERCER REQUISITO: LA VOLUNTAD DE SALVACIÓN

5. EL CONSENTIMIENTO

5.1. CONCEPTO Y NATURALEZA

5.2. EL CONSENTIMIENTO EN EL CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

5.3. REQUISITOS

6. EL EJERCICIO DE UN DERECHO Y EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

6.1. EL EJERCICIO DE UN DERECHO

6.1.1. Fundamento

6.1.2. Supuestos

6.2. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

6.2.1. Fundamento

6.2.2. Supuestos: detenciones, uso policial de la fuerza, obediencia debida

TEMA 7

LA ANTIJURICIDAD. CAUSAS DE JUSTIFICACION

1. La antijuridicidad.

1.1. La antijuridicidad como requisito del delito.

Sabemos ya que para poder calificar un acontecimiento como delito y, con ello, para poder asignarle una pena, es necesario, aunque no suficiente, que se trate de una acción típica. Con el primer requisito, el de la acción, hacemos una selección muy básica de lo que le puede interesar al Derecho Penal en función de la tarea para la que el Estado genera las normas penales: para prevenir los comportamientos más gravemente disvaliosos de las personas. Es por eso por lo que ya en el primer escalón de análisis de si "algo" es un delito descartamos los acontecimientos que no sean acciones: que no sean comportamientos humanos y voluntarios, controlables por su titular. Al Derecho Penal no le interesa, en cuanto que no puede influir en ellos, ni los rayos que matan a las personas, ni los perros que muerden a los niños, ni los vómitos incontrolables que dañan las obras de arte.

Filtrar sólo las acciones para saber qué puede considerarse delictivo en un Estado democrático es muy poco filtrar. Bastante más poderosa es la selección que procura el requisito de la tipicidad. Cuando decimos que una acción es típica estamos diciendo que está descrita como prohibida en una norma penal, con lo que estamos

diciendo a su vez en un Estado democrático en el que rige el principio de legalidad que el legislador – los representantes de los ciudadanos – la considera socialmente lesiva: que se trata de un comportamiento humano al que cabe asignar un empeoramiento de la vida social, la lesión de un bien jurídico. Así, al Derecho Penal no le interesan por razones de seguridad jurídica los comportamientos que pudieran reputarse como gravemente lesivos, pero que no están descritos como tales en una norma penal. Y así, por poner otro supuesto, tampoco le van a interesar, ahora por razones de utilidad y de justicia, las conductas voluntarias que causan una lesión que era de acaecimiento objetivamente imprevisible en el momento en el que se realizaban.

Si los requisitos de la acción y de la tipicidad delimitan ya los comportamientos humanos descritos como lesivos en una norma penal – descritos como objetivamente indeseables -, llega el momento de preguntarse qué es lo que aporta al análisis sistemático del delito el requisito de la antijuridicidad. Si la antijuridicidad es contrariedad a Derecho, si en términos menos formales la antijuridicidad es daño a los intereses protegidos por el Derecho, podrá pensarse que toda conducta, por el hecho de ser típica, es también antijurídica. Podemos pensar que al decir que una determinada acción es una conducta típica de homicidio, porque un sujeto ha matado a otro (art. 295 CP), estamos diciendo también que es una conducta antijurídica: una conducta que se opone formalmente a lo prescrito por el Derecho y que daña materialmente los valores protegidos por el Derecho.

Sin embargo, esto no siempre es así. Puede suceder que una conducta que dañe un bien jurídico y que esté como tal descrita en un tipo penal como generalmente prohibida, esté sin embargo permitida por otra norma en ciertas circunstancias excepcionales – por ejemplo: en una situación de legítima defensa (art. 328 CP) -. Se trataría así de una conducta típica pero no antijurídica. Piénsese en el caso de quien fortuitamente pierde el control de su vehículo y opta por causar daños en el escaparate de un comercio como única solución para evitar atropellar a un peatón. O en el de quien lesiona el honor ajeno en el legítimo ejercicio de su libertad de expresión. En estos casos lo generalmente prohibido está excepcionalmente permitido; lo que parece inicialmente injusto, indeseable, resulta finalmente justificado; la conducta que parecía contraria a Derecho en cuando infractora de una norma de prohibición resulta finalmente jurídica (conforme a Derecho) porque está descrita como permitida en una norma de permiso que en realidad lo que hace es recortar el ámbito de la norma de prohibición. De todo ello se sigue que no es suficiente con constatar con que una conducta es típica para afirmar su antijuridicidad – o lo que es lo mismo: su carácter injusto, lesivo, objetivamente indeseable -, sino que necesitaremos un nuevo juicio para llegar a tal conclusión. Este juicio es el juicio de antijuridicidad y, constatada la tipicidad, consiste en indagar si concurre alguna norma permisiva, alguna causa de justificación. Por eso he de corregir la afirmación vertida unas líneas atrás acerca de que la tipicidad de la conducta dice de la misma que se trata de una conducta pro-

hibida: en realidad sólo dice que está inicial o generalmente prohibida. Si además lo está final o concretamente es precisamente lo que nos preguntamos en el análisis de antijuridicidad.

1.2. ¿Qué es entonces la antijuridicidad?

La antijuridicidad es, como indica el propio vocablo que la designa, "contrariedad a Derecho". Un sujeto actúa antijurídicamente si infringe una norma que le estaba dirigida. Esta antijuridicidad es penal si la norma infringida es una norma penal: si el sujeto realiza un comportamiento prohibido por una norma penal o si no realiza un comportamiento ordenado por la norma penal.

La cuestión en este punto es determinar qué es infringir una norma: qué es actuar en contra (anti) del Derecho (jurídicamente). En su excelente monografía sobre la antijuridicidad sostiene Molina Fernández que, en rigor, sólo actúa antijurídicamente el que comete plenamente un delito mediante una acción típica y no justificada cometida culpablemente. Argumenta este autor que, si se entiende que la norma es un imperativo de conducta, sólo tiene sentido afirmar que la misma se ha infringido cuando uno de sus destinatarios que la conocía y podía comprenderla y seguirla ha decidido desobedecerla. La contrariedad a la norma se identificaría así con el entero delito. Si la norma penal es un modelo de conducta que indica a su destinatario lo que debe hacer en una determinada situación si no quiere quedar sometido a una responsabilidad consistente en la imposición de la pena, si la norma es un instrumento de control social a través de su incidencia en el comportamiento humano, sólo generará un deber jurídico en el destinatario cuyo incumplimiento legitime una sanción si el mensaje normativo llega a su destinatario y si éste tiene capacidad para entenderlo, si tiene capacidad para identificar la situación en la que se condiciona su conducta y la identifica, y si tiene capacidad para seguir la conducta que se le ordena. De este modo, según el profesor Molina, los elementos subjetivos que afectan al destinatario condicionan el surgimiento del deber jurídico que la norma pretende originar, de manera que la ignorancia del mensaje normativo por parte de su destinatario, su falta de identificación de la situación típica, su inimputabilidad, o la inexigibilidad de una conducta alternativa a la ordenada, harían que no pudiera hablarse de la infracción de una norma por el destinatario de la misma.

Lectura complementaria.

"Una concepción prescriptiva (imperativa) de la norma consecuentemente desarrollada obliga a evaluar la culpabilidad del agente como elemento de infracción de la norma (…). La teoría del delito de inspiración germánica no conseguirá un verdadero consenso mientras no se percate de que es imposible poner un

punto final a la integración de circunstancias de la culpabilidad en el injusto, si éste se entiende, como es habitual, como contrariedad a la norma, y ésta como prescripción imperativa (…).

Pero la imposibilidad de conciliar la teoría prescriptiva de la norma con la distinción de antijuridicidad y culpabilidad no obliga a encontrar un modelo alternativo de explicación de la norma, sino a buscar las distinciones analíticas necesarias para el delito por otro camino. Se trata de distinguir entre las circunstancias que permiten afirmar la infracción de una obligación jurídica personal, que es el contenido de la norma directiva de conducta, y las circunstancias que definen la lesividad objetiva del hecho desde la perspectiva de los bienes jurídicos, y que puede tener trascendencia de cara a la intervención de terceros" (Fernando Molina Fernández, "Antijuridicidad penal y sistema del delito", Barcelona, J. M. Bosch, 2001, p. 494).

No es sin embargo el concepto anterior de antijuridicidad el que se utiliza cuando se habla de que la misma constituye (sólo) un escalón del delito: el que recoge los pasos de la acción y la tipicidad, y el que a la vez precede al escalón de la culpabilidad. En este contexto, la antijuridicidad sirve para expresar algo menos que el carácter finalmente delictivo de una conducta: sólo que la conducta es injusta desde el punto de vista del legislador. Se utiliza para expresar la lesividad jurídica, la negatividad social de cierto comportamiento. Se emplea para afirmar de un comportamiento que es típico y que no está amparado por ninguna norma permisiva, por ninguna causa de justificación. Desde este punto de vista la antijuridicidad no exige culpabilidad – no hace falta actuar culpablemente para infringir una norma -, sino que se configura sólo como un presupuesto de la misma.

En este punto el lector puede sentirse un poco desasosegado. Si en rigor la antijuridicidad es la infracción de la norma y por lo tanto el delito, ¿por qué seguir empeñados en llamar antijuridicidad a lo que no es sino una parte de la contrariedad a la norma? ¿En qué sentido puede decirse que infringe la norma una conducta típica no permitida pero de la que aún no sabemos si es culpable? Y en cualquier caso: ¿para qué sirve hacer esta distinción (este escalón) entre conductas antijurídicas no culpables y conductas antijurídicas culpables?

Vayamos por partes. La antijuridicidad es, según lo ya apuntado, sólo un cierto modo (parcial) de contradecir la norma. Para entender esto debe tenerse en cuenta el peculiar modo que tienen las normas de exteriorizar su mensaje a través de la conjunción de diversos enunciados legales. El mensaje más indicativo de la índole de las características de las conductas penalmente ordenadas o prohibidas suele exteriorizarse en las partes especiales de los códigos a través de una descripción general y predominantemente objetiva del comportamiento. A este mensaje ha de añadírsele, aún en el plano predominantemente objetivo, los enunciados que prevén supuestos

de justificación del comportamiento. A ellas aún hay que sumar la exigencia de conocimiento y voluntad del sujeto de la situación típica y del propio mandato o prohibición, a través de enunciados generales y de las normas que regulan el error. Otros enunciados completan el mensaje normativo discriminando entre los destinatarios por razones puramente subjetivas (enunciados sobre inimputabilidad) o excluyendo el mandato en ciertas situaciones excepcionales que hacen inexigible la conducta prescrita. La norma puede verse así como un mensaje que se va concretando a partir de una valoración inicial negativa en torno de ciertos modelos de comportamiento.

Pues bien: en este proceso de concreción de la norma podemos señalar dos grandes hitos. Un primer hito es el de los requisitos de la norma que hacen que la conducta sea disvaliosa. Este es el hito de la antijuridicidad, que comprende el comportamiento humano, típico y no justificado. El segundo gran hito, que es el que termina legitimando la imposición de la pena, es el de la culpabilidad, que hace referencia a que la conducta disvaliosa la haya desplegado un destinatario imputable, que conocía o podía conocer la antijuridicidad de su conducta, y al que le era exigible un comportamiento conforme a la norma.

1.3. ¿Para qué sirve la antijuridicidad?

Las distinciones anteriores, y sobre todo la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, pueden parecer complejas sutilezas sin utilidad alguna. Y sin embargo esto no es así. ¿Por qué ese empeño en distinguir las conductas disvaliosas de las conductas disvaliosas y además culpables? ¿Para qué la frontera de la antijuridicidad?

Deseo citar al menos tres tipos de utilidades. La primera de ellas tiene que ver con las garantías que supone la propia teoría de jurídica del delito, en cuanto que sistematiza una serie de requisitos que deben concurrir para que se deba hablar de delito y para que la imposición de la pena sea justa. Parece necesario que después de comprobar que estamos ante un comportamiento humano típico- esto es: generalmente disvalioso – y antes de analizar si el mismo se cometió culpablemente, nos aseguremos que aquel comportamiento era finalmente disvalioso: que no concurría ninguna causa de justificación.

Existe una segunda buena razón para distinguir los comportamientos antijurídicos – disvaliosos – y para que la técnica normativa facilite ese conocimiento expresando con enunciados concretos lo generalmente prohibido (tipos penales) y con otros enunciados más generales lo excepcionalmente permitido (causas de justificación). Es una razón comunicativa y orientadora: se trata de que los ciudadanos puedan conocer lo que la generalidad estima como comportamientos indeseables – se trata de transmitir una moral social básica - para que así puedan orientar sus comportamientos en función de su deseo de integrarse en la sociedad y en función de lo que es esperable de los demás. Además, el conocimiento de lo antijurídico transmite con gran aproximación el

conocimiento de lo delictivo, pues habitualmente la realización de una conducta disvaliosa – socialmente lesiva – es también una conducta culpable y por ello delictiva: es una conducta que realiza una persona imputable con conocimiento de su desvalor y al que le era exigible su abstención. Esto es así porque los cánones de imputabilidad se elaboran en función de las características psicofísicas de la mayoría, porque las normas se comunican de forma que puedan ser conocidas por todos, y porque describen conductas que son normalmente exigibles a sus destinatarios.

La tercera gran utilidad de la constatación de si una conducta es antijurídica no tiene que ver con la responsabilidad penal de su autor, sino con que constituye un referente para delimitar otro tipo de responsabilidades, propias o ajenas.

a) Así, en la medida en la que las conductas antijurídicas son conductas disvaliosas – lesivas, negativas, dañosas - parece razonable entender que para la asignación de responsabilidad civil a un sujeto – de un deber de indemnizar – constituye un dato relevante el del carácter antijurídico de su conducta.

b) Así, parece razonable prohibir la promoción o las colaboración en conductas disvaliosas de terceros: parece razonable que el castigo por la participación delictiva exija que la conducta en la que se participa constituya al menos una conducta antijurídica y que por lo tanto no debe incriminarse, por ejemplo, al que ayuda a otro a realizar una conducta típica justificada – por ejemplo el que ayuda a otro a defenderse frente a una agresión ilegítima -.

c) Así, en tercer lugar, parece que la constatación de la peligrosidad delictiva de un sujeto inimputable y la asignación al mismo de una medida de seguridad tendrá como punto de partida que el sujeto haya realizado una conducta disvaliosa: una conducta antijurídica. Ninguna peligrosidad revelará, por ejemplo, el inimputable que realiza un hecho típico en estado de necesidad, para evitar un mal mayor: quien tumba uno o varios árboles ajenos (art. 445 CP) para hacer un dique que evite una inundación inminente.

d) Así, en fin, para entender que alguien que realiza un hecho típico está justificado por una legítima defensa, porque se defendía de una agresión, será necesario constatar que esta conducta agresiva era injusta: era antijurídica. Como después se verá, no cabe la legítima defensa frente a agresiones justas.

Dicho en breve: el tener un nivel del delito que determine qué conductas son injustas, disvaliosas, va a ser de gran utilidad para regular ciertos casos de responsabilidad civil y para delimitar el ámbito adecuado de la participación punible en el delito, de la imposición de medidas de seguridad y de la legítima defensa.

1.4. Sobre el contenido de la antijuridicidad.

Hasta este punto he venido utilizando los adjetivos "dañosa", "lesiva", "indeseable", "nociva", o "disvaliosa" para caracterizar la acción antijurídica. Llegado es el mo-

mento de intentar precisar algo más qué es lo que caracteriza una acción antijurídica, en qué consiste por ejemplo una acción antijurídica de homicidio a diferencia de un homicidio sólo típico o de un homicidio además culpable. Y la primera precisión, ya apuntada, se refiere al terreno puramente formal. Lo que decimos con la antijuridicidad es que un comportamiento se opone a lo que establece una norma. Antijuridicidad es cierta contrariedad a Derecho.

Pero la antijuridicidad no se queda en los aspectos formales, siquiera sea porque quienes hacen las normas penales no las hacen para ejercitar sin más la obediencia de los ciudadanos. Las normas penales prohíben ciertos comportamientos porque el autor de las normas – la sociedad misma en los Estados democráticos - los considera disvaliosos. Y, si imitando al niño que empieza a descubrir el mundo, seguimos la cadena de preguntas con la de por qué cabe considerar a un comportamiento disvalioso, llegaremos a la división clásica relativa al desvalor de las conductas antijurídicas: son disvaliosas en sí (desvalor de acción) y son disvaliosas por sus efectos (desvalor de resultado).

Comenzando por lo más claro, el desvalor de resultado se identifica con el daño al bien jurídico, que no es, dicho ahora en abstracto, sino la disminución de valor de la sociedad entre el antes y el después de la conducta. En el homicidio queda dañado el valor de la vida porque hay un muerto donde antes había una persona viva. El desvalor de resultado en el delito de lesiones es el daño a la integridad física consecuente con las mismas; en las detenciones, es la pérdida de libertad del detenido.

Una acción antijurídica no la calificamos como nociva sólo por su resultado. Si detenemos la película de un comportamiento típico y antijurídico de homicidio – una persona apunta a la cabeza de otra con su pistola y dispara – cuando finaliza la acción y antes de conocer su resultado, lo ya apreciado nos permitirá desvalorar en sí misma la conducta, con independencia de la transformación del mundo que haya operado. Desde un punto de vista objetivo la acción del disparo nos parecerá reprobable porque pone en peligro una vida; porque desobedece una pauta social esencial – no atentar contra la vida de los otros -; y porque genera alarma social, al esbozar un tipo de sociedad diferente y peor - en el que se puede privar de vida a los demás -. Este desvalor de acción comprende también aspectos subjetivos. Formará parte del juicio negativo de la acción el dolo – la voluntad del sujeto de dañar el bien jurídico – y la imprudencia – la actitud descuidada del sujeto hacia la indemnidad del bien jurídico: su voluntad de ponerlo en peligro -, y, en algunos tipos, una especial intención del sujeto (art. 262: profanación de objetos destinados al culto "para escarnecer los ritos autorizados en la República"; art. 450: corte de cosechas verdes "por odio hacia un empleado o funcionario público").

Lectura complementaria.

"Correctamente conceptuado, el bien jurídico es capaz de transmitir sintética y fidedignamente lo principalmente protegido por la norma. La norma penal es

una directriz coactiva de conducta que, por una parte, aísla conceptualmente un determinado tipo de comportamientos y, por otra, pretende su evitación o su realización a través de la amenaza de la pena y de los diversos efectos – positivos y negativos, en dudosa pero consolidada terminología - que esta despliega en sus destinatarios. El bien jurídico-penal indica sintéticamente la razón principal de la coacción, al expresar el objeto afectado por los comportamientos amenazados y cuya protección es el fin que ha motivado la puesta en marcha del mecanismo instrumental penal. Simultánea e implícitamente expresa el porqué de la consideración de un comportamiento como disvalioso: por su incidencia negativa en la vida social, expresada como pérdida de un determinado valor - desvalor de resultado -, en primer lugar, pero también por las características intrínsecas del comportamiento estimadas asimismo negativas por su relación más o menos directa con dicha pérdida de valor - desvalor de acción" (Juan Antonio Lascuraín Sánchez, "Bien jurídico y objeto protegible", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. LX, 2007).

Para reflexionar.

¿Existe algún desvalor en la conducta del sujeto que reza para que otro muera en accidente? ¿Y en la de quien dispara a quien yace en la cama del servicio de urgencias de un hospital, que parecía que estaba vivo pero que acaba de fallecer unos minutos antes?

2. Las causas de justificación.

En el apartado anterior hemos visto cómo un comportamiento antijurídico es un comportamiento típico en el que no concurre ninguna causa de justificación. La tipicidad es un indicio de antijuridicidad – los comportamientos típicos sueles ser antijurídicos – que debe ser corroborado con la ausencia de causas de justificación. Llegado ha el momento de preguntarnos cuáles son esas causas que justifican – eliminan el desvalor de – un hecho típico, dónde están reguladas y por qué justifican.

2.1. Concepto de causas de justificación.

Piénsese en los siguientes ejemplos. Una persona que va a ser violada mata a su agresor como único modo posible de salvaguardar su libertad sexual. Para no atropellar a un niño que irrumpe en la calzada el conductor del vehículo lo desvía bruscamente hacia un rebaño de ovejas. Un periodista realiza una investigación seria y exhaustiva y llega a la conclusión de que un funcionario está sustrayendo fondos

públicos que le están encomendados; publica esta información que luego resulta que, pese a los indicios existentes, es falsa.

En los tres ejemplos el sujeto realiza una acción típica (de homicidio, de daños, de difamación), pero en los tres parece que no sólo no realiza una conducta reprochable, sino que su comportamiento ni siquiera es disvalioso. En los tres casos parece que los sujetos han hecho lo que tenían que hacer o al menos lo que podían hacer, de modo que no han hecho nada injusto. En los tres casos decimos que el sujeto ha actuado amparado por una causa de justificación: legítima defensa en el primero; estado de necesidad en el segundo; legítimo ejercicio de un derecho (libertad de expresión) en el tercero.

Desde un punto de vista material la causa de justificación es una situación especial en la que el ordenamiento jurídico permite la lesión de un bien jurídico: permite la realización de una conducta típica, en principio lesiva, en principio prohibida. Desde el punto de vista material lo que sucede es que junto con la norma prohibitiva que conforma el tipo – prohibido matar, por ejemplo -, concurre una norma permisiva que recorta el ámbito de la anterior permitiendo en ocasiones lo que aquélla prohibía en general. O si se prefiere: se trata de una norma que está conformada por un enunciado inicial general prohibitivo que queda después matizado por otro enunciado ocasionalmente permisivo.

No siempre es fácil distinguir entre una causa de atipicidad (no hay lesión de un bien jurídico) y una causa de justificación (existe una lesión permitida del bien jurídico). De hecho, según admite la mayoría de la doctrina, como después de verá (v. infra 5.1), el consentimiento es una causa de atipicidad en el delito de robo o en los delitos contra la intimidad (art. 337), pero una causa de justificación en los delitos de injurias o, allí donde se admita su relevancia, en las lesiones. De hecho existe una corriente doctrinal minoritaria que niega la distinción y entiende que las causas de justificación son elementos negativos del tipo. Desde el punto de vista de esta corriente el tipo de homicidio estaría compuesto por unos elementos positivos – matar a otro – y otros negativos – no concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación -.

2.2. Fuentes de las causas de justificación.

2.2.1. Fuentes posibles de las causas de justificación.

La pregunta por las fuentes de las causas de justificación es una pregunta por la cuestión de dónde están reguladas. La pregunta es pertinente porque tales fuentes son varias dentro de cada ordenamiento y diversas en la comparación entre diversos ordenamientos entre sí. Existen causas de justificación reguladas con vocación general en la parte general de los códigos penales; existen causas de justificación que

se disponen en tales códigos como reglas específicas para ciertos delitos; y existen causas de justificación implícitas, que pueden no estar expresadas en ninguna norma pero que responden a principios básicos del ordenamiento por razones lógicas o valorativas.

A) Un legislador penal que se dispusiere a regular las causas de justificación consideraría en primer lugar la posibilidad de establecer una o varias con carácter general – para todos los delitos o para un grupo amplio de delitos -. Esto es, por ejemplo, lo que hace el Código Penal español, que regula con carácter general la legítima defensa "de la persona o derechos propios o ajenos" (art. 20.4º), el estado de necesidad en la lesión de "un bien jurídico de otra persona" o en la infracción de un deber (art. 20.5º), y, con una cláusula especialmente abierta, el "cumplimiento de un deber" o "el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo" (art. 20.7ª).

B) Una segunda posibilidad regulatoria de las causas de justificación consiste en su previsión expresa para algunos delitos. Esto es lo que hace el Código Penal de la República Dominicana con la legítima defensa "de sí mismo o de otro" que exime de responsabilidad penal por "homicidio, heridas y golpes" (art. 328); o con el estado de necesidad, que hace lo propio con la muerte de bestias o ganados ajenos (art. 453); o con la obediencia jerárquica de los funcionarios, agentes o delegados del Gobierno que atenten contra la libertad (art. 114).

C) Junto con las causas de justificación tipificadas en el Código Penal o en otras normas con carácter general o especial debe entenderse que existen otras dos causas que se derivan de la lógica formal y valorativa del ordenamiento. La primera es el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho. Quien cumple un deber jurídico o quien ejerce un derecho que le otorga el ordenamiento no puede por ello ser sometido a responsabilidad penal so pena de entender que el sistema jurídico penal puede padecer una especie de esquizofrenia consistente en castigar con una mano lo que ha permitido con la otra. Expresado con más claridad y obviedad: no puede actuar antijurídicamente quien obra conforme a Derecho.

La segunda causa implícita de justificación es el estado de necesidad. Si una persona se ve abocada a causar un mal u otro, sin que le quepa la escapatoria de no causar ninguno de ellos, carecería de toda racionalidad valorativa el sancionarle por su opción por el mal menor.

Lectura complementaria.

"Ningún ordenamiento jurídico puede, sin contradicción, prohibir y obligar a realizar una misma conducta, de manera que la disposición que establece que está exento de pena quien cumple un deber jurídico o ejerce legítimamente un derecho no hace más que recoger una regla lógica elemental: no comete un acto contra el derecho quien opera conforme a él. Hasta tal punto es ésta una regla

aparentemente vacía de contenido que en algunos ordenamientos no se recoge expresamente (…), como en Alemania, y en los que sí se hace siempre ha habido voces que piden su desaparición (…).

El estado de necesidad, por su parte, ha ido adquiriendo progresivamente la función propia de una cláusula de cierre, como la que debe coronar el sistema de justificantes. En situaciones en las que la protección de intereses jurídicos sólo puede hacerse a costa de lesionar otros intereses, el ordenamiento jurídico se inclina por aquellos que preponderen conforme a su propio esquema de valores. Por eso el estado de necesidad no es sólo una causa de justificación penal, ni siquiera sólo una causa de justificación jurídica, auque ambas cosas lo sea también, sino expresión legal de una máxima de racionalidad elemental" (Fernando Molina Fernández, "Naturaleza del sistema de justificación en Derecho Penal", en AA.VV., "Derecho y justicia penal en el siglo XX", Madrid, Colex, 2006, p. 388).

2.2.2. Fuentes de las causas de justificación en el ordenamiento penal de la República Dominicana.

El legislador penal dominicano ha optado por no realizar en el Código Penal una relación de causas generales de justificación. Tampoco ha estimado oportuno proceder a la regulación general de alguna de ellas, sino que ha preferido su previsión expresa sólo en relación con determinados delitos. Así, sin perjuicio de lo que depare un estudio detenido de cada una de las figuras delictivas del Código, cabe destacar:

A) La previsión de la justificación por legítima defensa de los delitos de homicidio, heridas y golpes (arts. 327 y 328).

B) En el ámbito del estado de necesidad, la existencia de "motivo grave" es causa de exoneración de responsabilidad penal en las dos primeras modalidades de abandono de familia (art. 357.3.1º y 2º); la "necesidad justificada" evita la sanción a quienes "mataren bestias o ganados ajenos" (art. 453) o animales domésticos (art. 454); la "necesidad" justifica la contravención consistente en "estorbar una vía pública, depositando o dejando en ella (…) materiales o cualesquiera otras cosas que impidan la libertad de tránsito, o disminuyan su seguridad" (art. 471.5).

C) Al ejercicio legítimo de un derecho o al cumplimiento de un deber jurídico se refieren las expresiones "en los casos y con las formalidades que la ley prescribe" – art. 184: allanamiento de domicilio por parte de la autoridad o sus agentes -, "fuera de los casos que la ley permita" – art. 341: detención y encierro ilegal - , "sin estar debidamente autorizados" – art. 479.17: quitar de los caminos públicos las gramas, tierras o piedras" – y "a no ser que exista un uso general que lo autorice" – art. 479.17: tomar barro o materiales en los lugares pertenecientes a los municipios -. Asimismo, la obediencia jerárquica exime de pena en los atentados contra la libertad (art. 114) y en los abusos de autoridad contra la cosa pública (art. 190).

D) No parecen causas de justificación sino ya, antes, causas de atipicidad – su concurrencia supone que no se lesiona el bien jurídico – el que concurra "flagrante delito o clamor público" en la persecución penal de ciertas autoridades (art. 121), la invalidez en el delito de mendicidad habitual (art. 275), el consentimiento en el delito contra la intimidad (art. 337), o el hecho de encargarse del recién nacido en el delito de la falta de entrega del que está abandonado (art. 347).

La ausencia de un sistema general más o menos completo de justificación otorga especial importancia a las causas de justificación implícitas en el sistema consistentes en el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber jurídico, por una parte, y el estado de necesidad, por otra. Obstáculo firme para tomar en cuenta estas dos causas lo es sin duda la dicción del art. 65 del Código Penal, que afirma que "(l)os crímenes y delitos que se cometan no pueden ser excusados (…) sino en los casos y circunstancias en que la misma ley declara admisible la excusa". Esta exigencia de tipicidad de las causas de exención de la responsabilidad criminal debe conjugarse con las exigencias de lógica y de justicia que laten tras la justificación implícita, que tiene a su vez raigambre constitucional. Recuérdese, en relación con la justificación consistente en el ejercicio de un derecho, en que existe la prohibición constitucional de impedir "lo que la ley no prohíbe" (art. 8.5), y, en referencia ahora al estado de necesidad, en que "(l)a ley es igual para todos: no puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica" (art. 8.5).

Debe tomarse además en cuenta que esta flexibilización del precepto se hace en un sentido absolutorio, por lo que no sufre en demasía ni el principio de legalidad ni el valor de la seguridad jurídica que se encuentra tras él. Repárese en que sería absurdo tener que penar a quien sustraiga un vehículo (art. 379) para llevar al hospital al que acaba de sufrir un ataque al corazón, o al que mediante amenaza se introduce en el domicilio ajeno (art. 184) para tomar el agua con el que apagar el fuego del que se quema a lo bonzo, o al que afrente a otro (art. 367) en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión (art. 8.6 de la Constitución), o al que derribe un objeto destinado al ornato público (art. 257) por mandato de la Administración tras el correspondiente contrato.

2.3. Fundamento de las causas de justificación.

2.3.1. El principio de ponderación de intereses.

La pregunta por el fundamento de las causas de justificación es la pregunta acerca de por qué estas causas hacen justo un comportamiento típico: de por qué el ordenamiento permite que en ocasiones se lesionen bienes jurídicos. ¿Por qué permitimos que la persona que va a ser agredida lesione gravemente a su agresor para evitarlo?; ¿por qué soportamos penalmente que alguien allane violentamente

el domicilio ajeno para llamar al médico de urgencias?; ¿por qué puede un particular detener a un delincuente que va a cometer un delito?

Cada pregunta, cada causa de justificación, merece su propia respuesta, y así se intentará dar en su momento. Lo que ahora nos cuestionamos es si existe un rasgo común a todas las respuestas: si existe un fundamento común de justificación. La doctrina se ha dividido tradicionalmente al respecto. Mezger, con su conocida concepción dualista, lo negaba. A su entender las causas de justificación no responden a un solo principio, sino a dos: al del interés preponderante y al de la ausencia de interés. Así, quien actúa en estado de necesidad, en legítima defensa o en cumplimiento de un deber se comporta de un modo justo porque su actuación responde a la preservación necesaria de un interés más valioso que el sacrificado. En el consentimiento, sin embargo, lo que sucede es que el titular del bien jurídico dañado ha renunciado a la protección de la ley, por lo que ya no cabe ver en la conducta típica daño a interés alguno.

Entre las teorías monistas, que ven un único fundamento de justificación, suele citarse la clásica formulación de Graf zu Dohna relativa a que toda conducta típica justificada puede verse "como un medio justo para un fin justo". Modernamente ha adquirido nuevos bríos la teoría del interés preponderante como fundamento común de justificación. Lo que las normas permisivas permiten es algo tan racional como que ante un conflicto de intereses, en el que no hay más salida que sacrificar alguno de ellos, el sujeto tome la opción más valiosa a los ojos del ordenamiento una vez evaluada la crisis en toda su complejidad. Es evidente que es éste el razonamiento que subyace al estado de necesidad, como veremos en su momento, pero también que no otra cosa hace la regulación de la legítima defensa, que si permite que el agredido proceda a una lesión del agresor mayor que la propia que preserva – mata como vía necesaria para evitar una violación actual - es porque tiene en cuenta en el haber de la conducta el efecto preventivo y de preservación de la dignidad de la persona y del ordenamiento que tiene la reacción frente al agresor injusto: porque considera que permitir este tipo de reacciones defensivas dibuja un mundo mejor que el que supondría prohibirlas. Tampoco parece que el fundamento sea distinto en el consentimiento si se parte, como hace la doctrina mayoritaria, de dos tipos de consentimiento: el que hace que la conducta no sea típica por no ser ya lesiva, porque lo que se protege es una facultad que es precsiamente la que se ejercita al consentir – no hay robo, sino donación, si el propietario consiente en trasladar la propiedad -, y el consentimiento que elimina el carácter injusto de una lesión. Esto último es lo que sucederá si el ordenamiento de modo explícito o implícito considera, por ejemplo, que el consentimiento del injuriado justifica al difamador o que el consentimiento del lesionado justifica la conducta típica de lesiones leves. Lo que el Derecho estará haciendo es considerar que es más valiosa la voluntad del sujeto lesionado que la propia evitación de la lesión.

2.3.2. Valor de acción y valor de resultado.

Si una conducta es antijurídica porque en el terreno formal supone una contradicción con lo normado y porque en el terreno material constituye una acción disvaliosa – en sí y en su resultado – a partir de los valores del ordenamiento, una conducta típica – que es indiciariamente antijurídica en lo formal y en lo material – estará justificada porque estará formalmente permitida y porque será materialmente valiosa. Expresado con más claridad: frente al desvalor de acción y de resultado que supone una conducta antijurídica – que empieza a suponer una conducta típica – la causa de justificación incorpora a la conducta un valor de resultado y un valor de acción. Valor de resultado porque el sujeto ha salvado más de lo que ha dañado: ha robado el coche pero ha salvado una vida llevando al enfermo al hospital. Y valor de acción porque esa acción, detenida antes de que el súbito enfermo llegue al hospital y sea atendido por los médicos, la valoramos positivamente: se dirige a salvar una vida y es socialmente adecuada, y aparece además guiada por la voluntad de salvación.

Para una concepción subjetiva de la antijuridicidad, que supone que la actuación típica exige dolo o imprudencia y que tales elementos subjetivos forman parte del desvalor de acción, la acción justificada, para ser plenamente valiosa, habrá de compensar el dolo del tipo realizado – en el ejemplo anterior, el dolo de robar el coche – con el conocimiento y la voluntad de actuar justificadamente – de salvar una vida -. Así, por ejemplo, para que la acción defensiva de terceros esté justificada por una legítima defensa no sólo se exigirá que se haya preservado el bien del tercero, sino que se actúe valiosamente, a sabiendas de que tal preservación se estaba produciendo frente a una agresión ilegítima: no está justificado el disparo mortal de A a B en el momento en el que B iba a disparar a C si A desconocía esta última circunstancia. Así, no estará justificada la lesión leve a A a B si A desconoce que B la consiente. Repárese en que en estos supuestos falta parte del valor de la acción que compensaría el desvalor de la acción de la conducta típica y que por ello estaremos ante supuestos en lo que no hay desvalor de resultado sino sólo devalor de acción, que es lo mismo que sucede en la tentativa, por lo que el régimen penal debería ser el mismo: debería reducirse del mismo modo la pena de una tentativa de homicidio que la pena de un homicidio en legítima defensa incompleta por falta de la voluntad de defensa.

2.4. Errores en relación con las causas de justificación.

A) Las reflexiones anteriores nos introducen en la cuestión del error en el ámbito de las causas de justificación. Puede suceder que quien realice la conducta típica (por ejemplo matar) no sepa que concurre en su actuación una causa de justificación (por ejemplo: legítima defensa), lo que a su vez puede acaecer por un desconocimiento de los hechos o del Derecho. Piénsese para lo primero en el caso de quien dándose la vuelta mata a otro en el momento en el que su víctima le iba a su vez a

disparar a él. Piénsese para lo segundo en el que mata necesariamente para defenderse de una agresión sexual pero piensa que está actuando ilícitamente.

El primer caso es el que hemos analizado ya de falta de concurrencia del elemento subjetivo de la justificación. Como se produce desvalor de acción pero no de resultado se debería proceder a la atenuación propia de la tentativa.

En el segundo caso es claro que el error del sujeto es irrelevante, pues su actuación es plenamente valiosa desde el punto de vista de la acción y de su resultado. La conducta está justificada y no merece pena.

B) También puede ocurrir a la inversa: que no exista objetivamente la causa de justificación pero el sujeto que actúa típicamente piense que sí concurre, sea por un error fáctico o jurídico. Primer ejemplo: A recibe una paliza en un bar hasta que logra salir huyendo; momentos después un amigo, desconocedor del incidente anterior, le toca en la espalda para saludarle; éste, pensando que eran sus agresores para agredirle de nuevo, se gira y le clava una navaja. Segundo ejemplo: el mismo sujeto A se encuentra a uno de los agresores en la calle minutos después de la agresión, y pensando que está legitimado para ello por la agresión anterior, le dispara.

El tratamiento del primer tipo de supuestos ha sido objeto de una tradicional discusión entre quienes – la doctrina mayoritaria en Alemania y en España -, por una parte, consideran que tal error excluye el dolo del sujeto, de tal manera que si tal error es vencible se trata de una conducta imprudente que debe ser castigada como tal y si el error es invencible la conducta es atípica, al faltar tanto el dolo como la imprudencia del sujeto; y quienes, por otra parte, consideran que en estos supuestos estamos ante un error de prohibición, que elimina la culpabilidad si es invencible o la disminuye (atenuación) si es vencible.

Caso: error sobre los presupuestos de la legítima defensa.

Tras un pequeño incidente de tráfico, A y B se enzarzan en una discusión. A, muy alterado y diciendo "¡te voy a pegar un tiro"!, introduce la mano en el bolsillo de su abrigo para coger un objeto negro que asoma por el mismo. B, creyendo que es una pistola y que A va a dispararle, le da un fuerte puñetazo en el ojo que tiene como consecuencia la pérdida definitiva de la visión del mismo. Posteriormente se demuestra que A no portaba arma alguna y que lo que asomaba era su teléfono celular.

¿Está justificada por legítima defensa la conducta de B? ¿Qué consecuencias punitivas tiene su error acerca de que iba a ser objeto de una agresión mediante arma?

El segundo supuesto es un supuesto de error de prohibición denominado error de permisión y como tal conducirá a la falta de pena por falta de culpabilidad si es invencible, o a una atenuación por culpabilidad atenuada si es vencible.

3. La legítima defensa.

3.1. El fundamento del carácter justificante de la legítima defensa.

¿Por qué no se considera injusto – antijurídico – un hecho típico de homicidio o lesiones cometido en legítima defensa? ¿Por qué no reprobamos que la inminente víctima de una violación lesione gravemente o incluso mate a su agresor cuando sean éstas las únicas vías para evitar la agresión sexual?

A) La primera explicación que nos viene a la cabeza tiene que ver con el derecho individual de defensa. En un sistema de libertades en el que se reconozca al individuo la facultad de organizar su vida como lo estime oportuno siempre que no entorpezca una correlativa facultad ajena, parece que ha de formar parte de tal autonomía personal la facultad de proteger la propia autonomía, de defender los propios bienes frente a las agresiones externas.

Este derecho individual de defensa debe ser matizado en, al menos, dos sentidos. Es el primero el de que tal defensa sólo parece coherente con un sistema de libertades cuando se produce frente a una extralimitación en el ejercicio de la libertad ajena. No parece legitimable como un acto de autonomía la conducta de quien lesiona al policía que registra su domicilio por orden judicial o la de quien embiste con su vehículo al vehículo que le precede y le impide circular más deprisa. El segundo matiz proviene de que la racionalidad colectiva ha conducido a que la defensa justa de los intereses colectivos e individuales se racionalice, especialice e institucionalice en el Estado. Una defensa de los legítimos bienes e intereses individuales y colectivos no puede recaer en cualquiera o en los titulares de los mismos si quiere ser objetiva, racional y proporcionada. Sólo cuando el Estado no esté, cuando no llegue a tiempo para defender al ciudadano, parece prudente apoderar al mismo para su justa autodefensa o para la justa defensa ajena.

El hecho típico realizado en legítima defensa no es un hecho injusto, pues, porque es un acto de defensa de la libertad propia o ajena frente a una conducta fruto del ejercicio extralimitado de la libertad ajena. El daño se legitima como acto justo de defensa. Pero no sólo. La legítima defensa es legítima porque es también un acto de justicia: un acto de defensa del ordenamiento jurídico con efectos de prevención de nuevas rupturas del mismo. El sujeto que se opone y vence una conducta antijurídica ajena – quien lesiona para evitar la violación - está impidiendo que el Derecho ceda, que el agresor configure un mundo distinto y peor al que dibuja el Derecho – un

mundo en el que caben las agresiones sexuales -. La impunidad de la conducta del que se defiende tiene a su vez un importante efecto preventivo de nuevas conductas agresivas, pues los potenciales agresores – el agresor sexual, el ladrón de joyerías, el matón de barrio – saben que se exponen a una defensa agresiva impune de sus víctimas o de terceros.

B) Los hechos típicos cometidos en legítima defensa no son penalmente injustos porque son actos de defensa y porque son actos de justicia. Un ordenamiento que no justificara en ciertos casos los daños irrogados en legítima defensa sería un ordenamiento peor en al menos dos sentidos: situaría a la víctima de una inminente agresión en la insoportable disyuntiva de padecerla o de padecer una pena por repelerla; situaría a los potenciales agresores en la muy ventajosa situación de poder dañar los bienes ajenos sin el riesgo de una probable defensa agresiva de su titular o de terceros.

Las razones por las que la legítima defensa tiene un carácter justificante son también la fuente de su limitación. La defensa sólo hace justa la lesión si la agresión es ilegítima, pues sólo entonces puede impedirse el ejercicio de la libertad ajena y sólo entonces se preserva el ordenamiento; y si la agresión es actual, pues para la defensa preventiva debe acudirse al Estado; y si la defensa es necesaria en el doble sentido de que la preservación del bien exija una defensa agresiva y de que ésta se limite a lo imprescindible para repeler la agresión inicial, pues el exceso ya no tendrá la doble cobertura de la defensa del bien y del ordenamiento.

"El derecho a la legítima defensa actualmente vigente se basa en dos principios: la protección individual y el prevalecimiento del Derecho. Es decir: en primer lugar la justificación por legítima defensa presupone siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual (…). De ello se pueden derivar ya diversas consecuencias que son importantes para la interpretación del derecho de legítima defensa. Así no son susceptibles de legítima defensa los bienes jurídicos de la comunidad (…). De lo contrario cada ciudadano se erigiría en policía auxiliar y podría invalidar el monopolio de la violencia por parte del Estado (…). Por otra parte, el derecho a defender a terceros sólo se da en la medida en que el agredido quiera ser defendido; si no quiere, no precisa protección individual, por muy censurable que por lo demás pueda ser la conducta agresiva (…). Por último, contra una tentativa inidónea, aunque sea punible, no cabe legítima defensa, pues la misma no pone en peligro ningún bien jurídico individual.

Ahora bien, el legislador, al permitir toda defensa necesaria para la protección del particular, persigue simultáneamente un fin de prevención general; pues considera deseable que el orden legal se afirme frente a agresiones a bienes jurídi-

cos individuales aunque no estén presentes los órganos estatales que estarían en condiciones de realizar la defensa. `El derecho de legítima defensa´, se dice en la fundamentación del Proyecto del Código Penal de 1962 (…), `también intimida eficazmente con carácter general frente a la posibilidad de realizar un injusto´. Por eso en el § 32 II la ley permite en principio la acción lesiva de bienes jurídicos necesaria para una defensa activa incluso cuando huir o esquivar garantizarían exactamente igual o mejor la seguridad del agredido. Pues toda agresión repelida en legítima defensa pone de manifiesto que no se vulnera sin riesgo el ordenamiento jurídico y estabiliza el orden jurídico. A esa intención preventivogeneral es a lo que se alude cuando se habla del `prevalecimiento del Derecho´ o de la `afirmación del Derecho´ como idea rectora del derecho de legítima defensa. También se debe al principio de prevalecimiento del Derecho el que se conceda la protección individual no sólo dentro del marco de la proporcionalidad, sino en principio con independencia de ello, de tal manera que el daño causado puede ser considerablemente mayor que el que se impide (…). Sin embargo las necesidades preventivogenerales tiene una intensidad muy diversa según el tipo de agresión: se reducen muy considerablemente, por ejemplo, ante agresiones no dolosas, o provocadas culpablemente, o insignificantes, y así se explica que en esos y en otros casos un amplio sector sí que exija esquivar o una defensa más considerada" (Claus Roxin, "Derecho Penal. Parte general", I, Madrid, Civitas, 1997 – trad. de la 2ª ed. alemana -, pp. 608 y s.).

3.2. La legítima defensa en el Código Penal de la República Dominicana.

A) El legislador penal dominicano optó en su día por una regulación específica de la legítima defensa. No se prevé con carácter general para todos los delitos o para un grupo amplio de delitos – por ejemplo, para los delitos contra bienes jurídicos individuales -, sino sólo para los delitos de homicidio y lesiones. De este modo, si se produce un hecho típico de otra índole – piénsese en quien mata al perro que se dirige hacia él agresivamente, azuzado por su dueño; o en quien daña o incendia el lugar en el que está ilegalmente encerrado – la justificación sólo será posible a través de la causa genérica e implícita de justificación del estado de necesidad (véase infra punto 3) y con sometimiento a sus requisitos.

El art. 328 prescribe que "(n)o hay crimen ni delito cuando el homicidio, las heridas y los golpes se infieran por la necesidad actual de la legítima defensa de sí mismo o de otro". El art. 329 complementa el precepto anterior señalando dos casos en los que "se reputa necesidad actual de legítima defensa". El primero se produce cuando se rechace "de noche el escalamiento o rompimiento de casas, paredes o cercas, o la fractura de puertas o entradas de lugares habitados, sus viviendas o dependencias"; el segundo, frente a "la agresión de los autores del robo o pillaje cometidos con violencia".

El Código Penal contempla también un supuesto de legítima defensa incompleta – de homicidio y lesiones justificadas en parte -: el primero de los casos expuestos de necesidad actual, pero producido de día, dará lugar a una atenuación (art. 322). Esa misma atenuación se produce, en general, "si de parte del ofendido han precedido inmediatamente provocación, amenazas o violencias graves" (art. 321). En la contravención de injurias, en cambio, la provocación previa del injuriado exonera de pena (art. 471.16). En estos dos últimos casos no parece que pueda hablarse de una justificación total o parcial – que haya una ganancia en la actuación lesiva u homicida -, sino más bien de un hecho totalmente antijurídico pero realizado sin culpabilidad o sin culpabilidad plena.

B) Como habrá ocasión de ver con más detalle posteriormente, los supuestos de legítima defensa justifican al autor de un hecho típico porque el mismo era necesario para defenderse o para defender a otro frente a un agresor injusto, con lo que su defensa o la defensa de otro es también una defensa del orden jurídico. Los rasgos de la legítima defensa como rasgos de justificación son así una agresión ilegítima y actual contra un bien individual, por una parte, y la necesidad de realizar el hecho típico para repeler dicha agresión. A estos dos requisitos objetivos habrá de añadirse, ahora en el plano subjetivo, la voluntad de defensa del sujeto que se defiende, entendido como el conocimiento de que se está defendiendo – o está defendiendo a otro – de una agresión injusta.

Los artículos 328 y 329 no dicen expressis verbis que haya de concurrir una agresión ilegítima, pero tal cosa se infiere con claridad de la calificación de "legítima" de la defensa y del carácter de los dos supuestos que el art. 329 describe como de defensa necesaria: reacción frente a la fuerza en las cosas para la entrada en lugares habitados o frente al robo violento. Que además tal injusta agresión deba de ser actual en el momento de la defensa – del comportamiento típico de lesiones u homicidio que se enjuicia – se deriva de la calificación de "actual" de la necesidad de defensa (arts. 328 y 329). La defensa, en fin, lo ha de ser "de sí mismo o de otro" (art. 328), mención que puede interpretarse como exigencia de que la agresión lo sea a un bien individual.

La necesidad de la defensa se expresa en los dos artículos reguladores. El primero de ellos contiene además la exigencia subjetiva relativa a la razón por la que el sujeto lesiona o mata: señala que el hecho típico de homicidio y lesiones que se justifica se comete "por" la necesidad de defensa propia o ajena.

3.3. Primer requisito: agresión ilegítima y actual a bienes individuales.

3.3.1. Agresión.

Por agresión debe entenderse la puesta en peligro de un bien jurídico. Agrede a otro quien inicia un curso de riesgo, por ejemplo, contra su vida, su integridad física,

su honor, su libertad, su libertad sexual. Esta definición debe ampliarse también a las omisiones, de modo que debe catalogarse también como agresión a los efectos de la legítima defensa la conducta del garante que no interrumpe el curso de riesgo que está emplazado a controlar. Piénsese en el socorrista que, ante su decisión de no socorrer al bañista que se ahoga, es amenazado con una pistola por otro bañista que no sabe nadar: si así lo prevé el ordenamiento penal, este delito de amenazas podría quedar justificado por legítima defensa frente a la agresión pasiva del socorrista. Piénsese, para el ámbito de las lesiones, para las que el Código Penal dominicano sí prevé la legítima defensa como causa de justificación, en el vecino que penetra violentamente en la morada de la madre que no alimenta a su hijo y que se oponía a tal entrada, por lo que resulta lesionada por el auxiliador del niño – niño que es el que estaba sufriendo una agresión por omisión -.

La agresión a la que responde la defensa puede ser, pues, activa u omisiva, y puede ser también dolosa o imprudente. Tal lo será la del ciclista ebrio que va a atropellar a un peatón o la del cazador miope que está apuntando, no a un oso, sino a una persona con un abrigo de piel de oso. En ambos casos, si un tercero empuja y lesiona al ciclista o al cazador actuará en legítima defensa.

La tentativa inidónea no es, en cambio, constitutiva de agresión porque no pone en peligro el bien jurídico. Quien sabe que el aparente agresor va a disparar, no contra un enfermo en la unidad de cuidados intensivos de un hospital, sino contra un cadáver, pues tal enfermo acaba de fallecer, no puede a su vez abatir al primero de un disparo.

3.3.2. Ilegítima.

La agresión ha de ser ilegítima, injusta, antijurídica. Esto supone, en primer lugar, que la conducta agresiva ha de ser una acción, típica y antijurídica (A). No supone, en cambio, en segundo lugar, que haya de ser necesariamente una conducta penalmente antijurídica (B) o violenta (C).

A) Si la defensa es legítima porque es una reacción contra una extralimitación de otro en el ejercicio de su libertad y porque sirve a la reafirmación del ordenamiento, la agresión inicial que provoca la defensa habrá de constituir un hecho antijurídico. Esto supone, por de pronto, que no cabe legítima defensa frente a sucesos que no constituyan una acción en el sentido de la teoría jurídica del delito. Por ejemplo, si se admitiera en el Código Penal dominicano la legítima defensa en el delito de daños, no cabría excusar a través de la misma la muerte del animal ajeno en acto de defensa frente al feroz ataque del mismo; no cabe alegar legítima defensa para justificar la lesión que se causa a un agresor sonámbulo, pues esta no es una agresión antijurídica: no es ni siquiera una acción. En ambos casos la justificación pasaría por la concurrencia de un estado de necesidad.

Resulta obvio que tampoco constituye una agresión ilegítima una agresión justificada (no antijurídica). Eso supone, y perdónese el juego de palabras, que no cabe legítima defensa frente a una agresión motivada a su vez por una defensa legítima: un tercero no puede golpear a la víctima de una violación inminente cuando ésta se disponía a defenderse de su agresor, porque esta defensa de la víctima no era una agresión ilegítima sino una agresión justificada por el art. 328. Aunque esto es objeto de discusión en la doctrina, no hay en cambio objeción respecto al carácter de defensa legítima cuando la misma se despliega frente a un ataque injusto (antijurídico) pero no culpable: por ejemplo, frente al ataque de un niño o de una persona demente.

B) Se discute si la ilegitimidad de la agresión ha de ser una ilegitimidad penal (antijuridicidad penal). No parece haber razón para esta restricción: para negar la defensa legítima frente a ataques que constituyan sólo un ilícito civil o administrativo, y que no dejan de ser ataques injustos que ponen en peligro bienes jurídicos. Cuestión distinta es que haya que evaluar este dato a los efectos de evaluar la necesidad de la defensa o de establecer restricciones frente a defensas necesarias pero desproporcionadas (v. infra 3.6).

C) Tampoco es necesario que la agresión sea violenta, si por violencia se entiende el acometimiento físico hacia una persona. Creo que la mención del art. 329.2º a que el robo o pillaje han de ser violentos no responde a la intención del legislador de establecer tal requisito en general (el argumento sensu contrario sería: si para la agresión constitutiva de robo se exige violencia es porque sólo las agresiones violentas son susceptibles de defensa legítima) sino el de restringir a éste y otros casos la defensa legítima de los bienes (v. infra 3.3.4).

3.3.3. Actual.

Que la agresión sea "actual" significa que se ha producido ya un peligro para los bienes jurídicos (A) y que ese peligro, por desistimiento, consumación o por cualquier otra circunstancia no ha cesado ya (B). Se denomina "exceso extensivo" en la defensa la reacción agresiva extemporánea, bien porque no hay aún agresión, bien porque ésta ha cesado. En estos casos, como siempre que falte el requisito de la agresión, el contenido de injusto de la conducta enjuiciada permanece intacto – no hay justificación total ni parcial – por lo que no sólo no se debe exonerar de pena, sino que ni siquiera se debería poder atenuar por la concurrencia de los otros requisitos.

A) No es fácil determinar cuándo ha de considerarse que a efectos de repeler legítimamente una agresión la misma ha comenzado ya. Para ello no parece buena idea, por restrictiva en exceso, la de referirse a la tentativa: sólo sería actual la agresión que se encuentre ya en fase de tentativa. Se trata más bien de la referencia a un peligro próximo cuya especificación en cada caso requiere acudir a dos ideas que están en la base de la legítima defensa: la protección individual efectiva que no puede

desplegar el Estado. Habrá por ello actualidad en la defensa cuando, por una parte, no sea ya posible acudir a la protección del Estado para la defensa frente a la agresión, sin que, por otro lado, deba exigirse la espera a un peligro mayor que pueda poner en peligro la eficacia de la defensa. Sería así prematura por falta de actualidad de la agresión la defensa del sujeto que, tras acudir a su domicilio, mata de un disparo a quien le había anunciado telefónicamente que al día siguiente le pegaría una paliza. Sin embargo, quien ve que un matón va a dispararle no necesita esperar para defenderse a que desenfunde su pistola y acerque su dedo al gatillo de la misma.

B) Si el peligro para el bien jurídico ha cesado ya porque se ha consumado ya la agresión no concurrirá ya una agresión actual, por lo que no cabrá una defensa actual, por lo que no podrá apreciarse una defensa legítima. Esto es lo que sucede con quien responde al insulto con una bofetada, o a un golpe con otro golpe, o con la víctima de una violación que dispara y mata al violador que huye tras la consumación de su delito. Cuestión distinta en estos casos es la de que, no que la conducta del que reacciona sea justa (jurídica), sino la de que siendo antijurídica pueda disculparse en todo o en parte por la agresión o la provocación previa. A esta disminución de la culpabilidad es a la que parece referirse el art. 321 cuando rebaja la pena de las lesiones o del homicidio cuando "han precedido inmediatamente provocación, amenazas o violencias graves", o el art. 325, que rebaja el crimen de castración "cuando haya sido inmediatamente provocado por ultraje violento hecho a la honestidad".

CASO: actualidad en la defensa y error sobre la existencia de una causa de justificación.

Ante el intento de robo con violencia por parte de A, B se defiende rociándole los ojos con un líquido abrasivo que le causa severas lesiones. Cuando frustrado y medio ciego A se aleja de B, B dispara y le mata. B es un mal estudiante de Derecho que creía recordar que su conducta de disparar estaba legitimada por la agresión inicial de A.

¿Concurre legítima defensa en la conducta inicial de B? ¿Y en el disparo posterior? ¿Qué incidencia en la pena tiene el que B creyera que actuaba justificadamente?

3.3.4. A bienes individuales.

El Código Penal se refiere a la defensa "de sí mismo o de otro" (art. 328). Esta mención significa, por de pronto, que acoge tanto la legítima defensa propia como la de terceros. Más dudoso es que este inciso comporte que la legítima defensa de terceros sólo lo sea de bienes individuales, de modo que no comprenda la defensa de la comunidad o del Estado. Piénsese para ello en el supuesto de quien lesiona a un

preso para impedir su evasión (art. 245). Aunque el término "otro" podría comprender a estos sujetos colectivos, debe acordarse, con Roxin, la inconveniencia de esta interpretación, que convertiría a cualquier ciudadano en un policía potencial, capaz para la defensa de los bienes comunes. A ello se opone la racionalidad de la institución estatal, que pretende el monopolio de la violencia.

En relación con los bienes individuales, propios o no del defensor, el legislador penal dominicano parece proceder a una sensata restricción de la legítima defensa de los bienes: sólo frente al robo nocturno con fuerza en las cosas ("rechazando de noche el escalamiento o rompimiento de casas, paredes o cercas, o la fractura de puertas o entradas de lugares habitados, sus viviendas o dependencias") o al robo o pillaje violentos (art. 329).

3.3.5. No provocada por el defensor.

La esencia de la legítima defensa radica, como se ha visto, en que otro impone injustamente el conflicto en el que el defensor se ve compelido a reaccionar agresivamente. Puede suceder, sin embargo, que el defensor haya provocado la agresión. En tal caso su contribución al conflicto que termina finalmente en un sacrificio de bienes debe operar en su debe e impedir la justificación plena de su conducta agresiva (atenuación). Si la provocación tiene como fin la agresión final – se provoca la agresión de otro para así proceder a su vez a su agresión en aparente defensa – falta toda necesidad de defenderse y debe negarse la justificación total (exención de pena) o parcial (atenuación).

Puede suceder que la provocación constituya ya una agresión ilegítima. Repárese en que si pasa tal cosa la reacción agresiva del provocado será defensiva y por lo tanto no antijurídica, por lo que el provocador no podrá ampararse en la legítima defensa para su agresión final (recuérdese que no cabe legítima defensa frente a legítima defensa) porque faltará ya también el requisito de la ilegitimidad de la agresión. Pero puede suceder que la provocación no se realice mediante una conducta antijurídica: el provocador espera al marido acostado con su mujer en el lecho conyugal para matarlo ante su previsible reacción agresiva.

3.4. Segundo requisito: la necesidad de la defensa.

La defensa, para legitimar el homicidio o las lesiones, ha de ser "necesaria". Así lo exigen los artículos 328 y 329 y así lo exige la funcionalidad de la propia institución, que justifica el daño típico porque sirve a la salvaguardia de bienes individuales y del propio ordenamiento. Lesionar y matar está mal a los ojos del ordenamiento, si bien pueden tales acciones perder ocasionalmente su carácter injusto por su imprescindibilidad para la preservación de bienes jurídicos frente a ataques ilegítimos. La justificación del daño decae si la lesión típica (homicidio o lesiones) no era funcional para la

defensa, en primer lugar, o si la misma era excesiva en el sentido de que era suficientemente defensiva una lesión menor que la irrogada, de modo que el exceso carece de sentido defensivo, en segundo. Como ejemplo de defensa inidónea piénsese en la de quien dispara al cónyuge del agresor, acompañante de éste en el momento de la agresión; como ejemplo de defensa excesiva, piénsese en el sujeto que dispara a matar a su agresor, a pesar de que era notorio que un simple disparo de advertencia hubiera sido suficiente para repeler la agresión.

La defensa es, pues, necesaria cuando es idónea y cuando no es excesiva. Y no es excesiva cuando constituye el medio eficaz de defensa menos lesivo de los que se encuentran a disposición del defensor. Si cabe sujetar con seguridad y garantías – por ejemplo, por la diferente corpulencia entre agresor y agredido -, no debe lesionar; si cabe lesionar menos, no debe lesionar más; si cabe lesionar – disparar a las piernas, por ejemplo -, no debe matar – disparar al corazón -.

La teoría del requisito, sin embargo, es mucho más clara que su aplicación práctica, pues en cada caso serán múltiples los medios de defensa imaginables y frecuente una situación psicológica de alteración del defensor – la propia de quien se ve agredido o compelido a socorrer urgentemente a otro –. Un juicio estricto desde los conocimientos posteriores y la serenidad del juez puede resultar excesivamente exigente con el defensor y conducir a su punición injusta. En el otro extremo debe evitarse la justificación de la violencia gratuita de quien a todas luces pudo evitar su agresión con un daño mucho menor que el irrogado.

El juicio acerca de si el defensor ha procedido a la selección adecuada del medio defensivo – el eficaz menos lesivo – ha de ser un juicio ex ante, en el que el juez se sitúa en el momento del comportamiento típico defensivo que se juzga y toma en cuenta las circunstancias que condicionaban objetivamente la decisión del agresor. Entre los medios disponibles no deben tomarse en cuenta los que no sean eficaces por suponer riesgos para la víctima, pero sí el auxilio de terceros dispuestos a socorrer al agredido. Se discute si también la huida debe considerarse como un instrumento de defensa disponible, de modo que su no utilización en lugar de una defensa agresiva haga que ésta sea ilegítima por excesiva. La opinión mayoritaria lo niega con diversos argumentos. Por una parte porque la huida supone ya cierta cesión ante la agresión, pues el agredido se ve obligado a un desplazamiento que no quería, a la vez que resulta herido en su dignidad; se dice también que en muchos casos la huida no asegura la eficacia de la protección, sino que mantiene el riesgo para el agredido – por ejemplo, si sale corriendo dando necesariamente la espalda al agresor -; se alega asimismo que, en todo caso, exigir la huida posible arrumbaría el efecto preventivo de la legítima defensa, pues el agresor sabría que no se arriesga a una defensa agresiva.

Si el sujeto que se defiende elige un medio defensivo más lesivo de lo necesario incurre en un "exceso intensivo". No concurre una justificación total de la conducta,

pero sí una justificación parcial, pues parte del daño irrogado se debe a la preservación de intereses valiosos a los ojos del ordenamiento. No hay una previsión expresa al respecto en el Código Penal dominicano, pero parecería conveniente una atenuación de la pena en estos casos (art. 463). No sucede lo propio cuando la defensa no es excesiva, sino inidónea: no parece que concurra aquí una excusa parcial del hecho.

3.5. Tercer requisito: la voluntad de defensa.

El último de los requisitos de la legítima defensa es el requisito subjetivo, consistente en el conocimiento del sujeto de que con su agresión, constitutiva de lesiones u homicidio, se está defendiendo de una agresión previa. Este, si se prefiere llamar así, animo de defensa no es incompatible con otros ánimos o intenciones, como la venganza o el odio, que nada restan al anterior ni por ello eliminan la legitimidad de la defensa. Si un sujeto mata a otro defendiéndose de la agresión del primero dirigida contra su vida, su defensa legítima no se empaña por el hecho de que el defensor odiara a su agresor inicial y deseara matarle.

Puede darse una legítima defensa objetiva en la que falte el elemento subjetivo, lo que impide la justificación de la conducta, aunque debería comportar una atenuación de la pena, pues concurre un valor objetivo de resultado. Esta atenuación debería ser la propia de la tentativa, pues en ambos casos concurre un desvalor de acción sin desvalor de resultado (v. supra 2.3.2).

Esto pasará en quien se gira para matar a otro sin saber que ese otro procedía en ese momento a dispararle a él. También sucederá en quien acepta un duelo o una pelea, pues difícilmente podrá justificar las lesiones que cause "por" la necesidad de defenderse.

3.6. La legítima defensa desproporcionada.

Como en toda causa de justificación, la legítima defensa elimina la antijuridicidad de la conducta porque ésta, a pesar de ser lesiva, no es más lesiva que salvadora: no es más negativa que positiva. En este balance de ganancias y costes en la actuación ocupan un papel estelar no sólo el mal que se causa y el mal que se evita, sino también el hecho de que la reacción defensiva sea contra un injusto agresor, con lo que el defensor salvaguarda el ordenamiento, previene la comisión de agresiones similares y preserva también su dignidad, al no ceder ante una grave intromisión en su autonomía personal. Es esta conjunción de factores la que hace que no sea un requisito de la legítima defensa el que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, sino sólo el mal mínimo con eficacia defensiva, y que puedan quedar justificados males relevantemente mayores (muerte, por ejemplo) que los males preservados (agresión sexual).

Esta desproporción entre males puede ser tan grande que haga replantearse la justificación global de la defensa, pues los factores de dignidad y preservación preventiva del ordenamiento podrían no compensar el grave mal causado. Es clásico al respecto el ejemplo del anciano minusválido que desde su silla de ruedas dispara al niño que toma una pera del árbol de su jardín en uso del único medio que tenía para evitar el hurto.

Para evitar los resultados desproporcionados a los que conduciría una concepción de la legítima defensa que justificara siempre que el medio defensivo fuera el mínimo eficaz disponible se proponen algunas restricciones en la interpretación de esta causa de justificación. Es la primera de ellas la de excluirla cuando existe una gran desproporción entre lo que se salva y lo que se daña y significativamente cuando lo que se daña es la vida. En este sentido es sabia la constricción de la defensa de los bienes que establece el Código Penal a ciertos ataques a los mismos (art. 329: fuerza en las cosas por la noche o violencia), y que podría servir de pauta interpretativa para excluir de la justificación otros supuestos de gran desproporción. Una segunda restricción es la de exigir la huida como medio defensivo posible y eficaz cuando el ataque injusto proviene de un inimputable, pues en estos casos no sufre tanto la reafirmación del Derecho.

4. El estado de necesidad.

4.1. El fundamento del carácter justificante del estado de necesidad.

Un hombre mata al valioso perro ajeno que se dirige agresivamente hacia él; un bombero arroja a un niño a una manta desde la ventana del edificio en llamas, causándole una fractura en una costilla; el conductor del vehículo rueda sobre una mancha de aceite que le hace perder el control momentáneo y que le fuerza a impactar en el rebaño ajeno para no atropellar a un peatón; un sujeto empuja violentamente a otro para salvarle de un atropello y le provoca lesiones. En todos estos supuestos un sujeto realiza un hecho típico de daños o de lesiones como conducta necesaria para evitar un mal mayor: al igual que en la legítima defensa el sujeto se ve inmerso en una crisis en la que las dos salidas posibles implican un mal y en la que termina eligiendo la que resulta más beneficiosa desde la perspectiva valorativa del ordenamiento. La diferencia básica con la legítima defensa, que condiciona radicalmente la ponderación entre las alternativas de conducta, es que no concurre aquí una agresión injusta a la que vencer. Es por ello por lo que, a diferencia de la legítima defensa, la justificación en el estado de necesidad pasa por una inferioridad directa del mal causado con el hecho típico respecto del mal evitado. Mientras que el legítimo defensor podría le-

sionar e incluso matar al injusto agresor para preservar su libertad, por ejemplo, no está justificado el lesionar o matar a un tercero como vía necesaria para recuperar la libertad (interponiendo por ejemplo el brazo de otro en la puerta automática que se cierra).

La razón por la que está justificado el hecho típico de quien actúa en estado de necesidad es la razón prototípica de toda causa de justificación (v. supra 2.3.1): porque en una situación de opción necesaria de males el sujeto toma la opción más valiosa a los ojos del ordenamiento una vez evaluada la crisis en toda su complejidad.

4.2. El estado de necesidad en el Código Penal de la República Dominicana.

No existe una previsión general en el Código Penal del estado de necesidad como causa de justificación. Sólo se menciona, pero sin regulación específica, en algunos preceptos: la existencia de "motivo grave" es causa de exoneración de responsabilidad penal en las dos primeras modalidades de abandono de familia (art. 357.3.1° y 2°); la "necesidad justificada" evita la sanción a quienes "mataren bestias o ganados ajenos" (art. 453) o animales domésticos (art. 454); la "necesidad" justifica la contravención consistente en "estorbar una vía pública, depositando o dejando en ella (…) materiales o cualesquiera otras cosas que impidan la libertad de tránsito, o disminuyan su seguridad" (art. 471.5).

Que no se prevea expresamente en general o en particular el estado de necesidad como causa de justificación no comporta que no exista como tal de un modo implícito (v. supra 2.2.1 C). Forma parte de la racionalidad valorativa de cualquier ordenamiento el que no pueda calificarse de injusto, disvalioso, el comportamiento de un sujeto que, abocado a la elección entre dos males, opta por el que resulta menor desde la perspectiva del Derecho. Resulta al respecto significativo que el estado de necesidad justificante no se contemplara expresamente en el Código Penal alemán hasta el año 1975 y que hasta entonces rigiera como causa de justificación supralegal.

Como en la legítima defensa son tres los requisitos del estado de necesidad: una situación de necesidad, la preservación de un mal que no es menor que el irrogado y la voluntad de tal preservación. Si falta el primero faltará toda justificación de la conducta; la falta de los otros dos o de alguno de los dos no resta todo valor a la conducta típica, por lo que debería procederse a la atenuación de la pena.

4.3. Primer requisito: situación de necesidad.

A) La situación de necesidad supone una disyuntiva en la que la salvación de un bien jurídico o el cumplimiento de un deber comporta la puesta en peligro de otro bien o el riesgo de incumplimiento de otro deber, sin que por lo tanto exista para el sujeto una alternativa de comportamiento que no suponga que se produzca ningún mal.

a) Esta disyuntiva puede incluir un mal propio (estado de necesidad propio) que se evita con la puesta en peligro de un bien de otro. Esto es lo que sucede cuando un sujeto mata al peligroso doberman ajeno que saltaba hacia su cuello (art. 454); o cuando el peatón que va a ser atropellado no tiene más opción que, para esquivar el vehículo, romper la vidriera de la iglesia que constituía un monumento público (art. 257).

> Repárese en que este último no es un caso de legítima defensa porque la reacción defensiva no se dirige al agresor. Tampoco lo sería si la conducción no ha sido imprudente (por ejemplo porque el descontrol del vehículo proceda de una causa fortuita – mancha de aceite – o por la intervención de un tercero – que, por ejemplo, ha irrumpido sorpresivamente en la calzada -).

Se denomina estado de necesidad ajeno o auxilio necesario cuando lo que el sujeto hace es realizar una conducta típica para evitar un peligro para otro: el sujeto roba el agua de otro para apagar el fuego del que se quema a lo bonzo.

b) Dentro del auxilio necesario puede distinguirse el supuesto de colisión de deberes, en el que la disyuntiva del sujeto es la infracción de uno u otro deber jurídico. La colisión de deberes prototípica, y la que ha dado lugar a una reflexión específica dentro del estado de necesidad, es la que se produce entre dos deberes de acción: la del médico que debe asignar un único pulmón artificial a dos enfermos que lo necesitan; la del padre que sólo puede salvar a uno de sus dos hijos en peligro de muerte. Puede sin embargo producirse también una colisión de deberes entre un deber de acción y uno de omisión o entre dos deberes de omisión. Piénsese para lo primero en el caso del padre que roba un vehículo – infringiendo un deber de omisión - para trasladar a su hijo al hospital – y cumplir con un deber de acción -; piénsese para lo segundo en quien atropella a las ovejas para no hacerlo al peatón.

> Aun con esta concepción amplia de la colisión de deberes, que comprende todas las combinaciones posibles de deberes de acción y de omisión, no todo estado de necesidad es una colisión de deberes, pues puede suceder que el que actúe para salvar a otro no esté jurídicamente obligado a hacerlo. Recuérdese el caso del peatón que es empujado y lesionado por un segundo para no ser atropellado por un tercero.

B) Para analizar si en un momento dado concurría una situación de necesidad, si el hecho típico responde a la única salida posible para evitar un mal mayor, debe de nuevo acudirse al denominado pronóstico posterior objetivo. Es posterior porque lo hace un juez en el momento del juicio; es un pronóstico, porque el juez se coloca mentalmente en el momento del comportamiento típico; y es objetivo porque el juez analiza la situación como lo haría un hombre medio prudente del círculo de actividad del autor, aunque teniendo en cuenta sus conocimientos y capacidades especiales. Cuando el juez se pregunta si realmente era necesario atropellar a las ovejas para no hacerlo al peatón, o si era necesario allanar la morada ajena para llamar al médico que socorra a su amigo al que le está dando un infarto, se pregunta si tal cosa se revelaba necesaria en el momento del atropello o del allanamiento para el citado hombre medio. Si resulta que el conductor era un avezado conductor de rallies para el que era sencillo maniobrar sin atropellar ni a las ovejas ni al peatón (capacidades especiales), o si resulta que el allanador sabía que su amigo estaba fingiendo el infarto para gastarle una broma (conocimientos especiales), el análisis del juez acerca de la concurrencia de la situación de necesidad será negativo, pues para ello habrá tomado en cuenta los conocimientos y capacidades especiales del sujeto que realizó el hecho típico: no había tal situación para el hombre medio con tales conocimientos y capacidades.

C) El mal que se evita ha de ser un mal desde el punto de vista de las valoraciones subyacentes al ordenamiento jurídico. La muerte es un mal y el dolor es un mal, por ejemplo, pero no lo es la falta de libertad del preso. De ahí que cuando se evada no pueda justificar su delito (art. 245) para la evitación del mal que supone su privación de libertad.

D) No se dará una situación de necesidad que pueda justificar la lesión típica posterior cuando haya sido precisamente el lesionador el que haya provocado intencionadamente dicha situación. Si el domador del circo, harto del viejo león y de que el dueño del circo no le compre otro, introduce a una persona en la jaula del león para así matar a éste cuando ataque a dicha persona, no podrá pretender que su daño al bien ajeno esté justificado, pues ha sido él precisamente el que ha generado el peligro para causar el daño típico.

Esta falta de concurrencia del requisito de la situación de necesidad sólo procederá si lo que el sujeto busca es la situación de crisis en la que causar el mal, y no simplemente si ha generado sin más el peligro. Si alguien quema su casa para poder cobrar fraudulentamente el seguro que la cubría y, sin buscarlo, queda atrapado con un vecino dentro de la misma, actuará en estado de necesidad si no socorre al mismo para salvarse él[1]. Cuestión distinta es, por supuesto, que no quede justificado el fraude y que quepa imputar la muerte del vecino a la conducta imprudente de incendiar la

1 Esto resulta discutible. Podría sostenerse que es un garante por su actuar peligroso precedente y que ello configura un especial deber de sacrificio (v. infra 4.4).

casa. Repárese en que aunque el peligro se haya generado dolosamente, la situación de necesidad se ha provocado imprudentemente, y no falta por ello como requisito del estado de necesidad. Si el conductor ebrio atropella el ganado ajeno para no atropellar a una persona, su volantazo final en estado de necesidad estará justificado y con ello el daño doloso al ganado, pero cabrá imputar este mismo daño a la conducta inicial imprudente de conducción en estado de ebriedad.

En el auxilio necesario, en el que el sujeto perjudica a otro para salvar los bienes de un tercero, es evidente que sólo faltará la situación de necesidad como requisito del estado de necesidad cuando la misma haya sido provocada intencionadamente por el auxiliador, pero no cuando haya sido provocada por el auxiliado. Si durante una celebración religiosa alguien penetra en una iglesia y toma el agua bendecida de la pila, turbando así ejercicio del culto católico (art. 261), para apagar el fuego de la persona que arde a las puertas de la misma, nada restará a su justificación el hecho de que haya sido ésta la que se haya prendido fuego a sí mismo, incluso en la absurda hipótesis de que lo haya hecho para que se produjera aquella perturbación.

4.4. Segundo requisito: el mal causado no es mayor que el que se trataba de evitar.

A) La esencia justificativa del estado de necesidad pasa por la falta de balance negativo en términos de valor de la conducta del sujeto: porque el mal típico irrogado no es mayor que el mal que se ha evitado gracias al primero de los males. Esta ponderación entre males es pues tan trascendente como difícil para el juez, dada su frecuente complejidad más allá de las apariencias, y dada la también frecuente heterogeneidad de los males comparados. Piénsese en el hombre que falsifica una receta médica para calmar sus fuertes dolores, o en la madre que dona droga a su hijo para aliviar el sufrimiento del síndrome de abstinencia, o en quien trafica con droga para alimentar a sus hijos, o en quien se resiste a una orden de desahucio porque su cónyuge está enfermo.

a) Para la calibración de un mal resultará muy útil como criterio aproximativo el conocimiento de cómo se castiga su causación en el Código Penal. Que la pérdida de la vida es peor que determinada pérdida de la propiedad es algo que viene ya indicado por la pena mayor que se asigna a la comisión dolosa de un homicidio respecto a la pena de la comisión dolosa de un robo. En todo caso, y si no se quiere llegar a ponderaciones equivocadas que justifiquen donde no deben o que nieguen una justificación procedente, resulta muy importante huir de la simplificación que supondría la mera comparación objetiva del daño típico y del daño evitado, y atender también a la incidencia que como mal tiene la injerencia del salvador en la autonomía ajena, la relación que tienen ciertos males con el daño a la dignidad de la persona, y la concurrencia de deberes especiales de sacrificio.

b) Para evitar que se deteriore su valioso traje, ¿puede un acaudalado ciudadano quitarle su paraguas a un trabajador que va por la calle con su mono de trabajo? Parece evidente que no: que el mal que se causa no es sólo la privación del paraguas, el deterioro del mono de trabajo y el riesgo de una enfermedad – frente a la salvaguarda del traje y de la salud del primer sujeto -, sino que a ello ha de sumarse, y con no poco peso, la perturbación del orden jurídico que supone la injerencia en la esfera de libertad ajena. Piénsese al respecto en el distinto modo en que desvaloramos una muerte biológica natural y una muerte en un atentado terrorista. La irrogación dolosa de la muerte, la severa extralimitación de la libertad de uno en contra de la libertad de otro, añade un desvalor de acción que hace sensiblemente diferente la percepción de uno u otro suceso. De ahí que si el bien dañado es igual al preservado y el daño supone una injerencia en la esfera ajena, no cabrá justificación. Un sujeto no puede justificadamente interponer a otro en la trayectoria del fiero perro deseoso de morder a alguien. Es más: la intromisión en la esfera ajena tiene una relevancia tal que no basta una pequeña desigualdad entre los bienes a favor del preservado para justificarla. Todo ello conduce a insistir en una importante conclusión: si hay intromisión en la esfera ajena, para que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar será necesario que el bien salvado sea sensiblemente más valioso que el sacrificado.

Porque puede suceder que no haya intromisión en la esfera ajena. Bien porque la hay, pero es consecuente al intento de evitar una intromisión equivalente – caso de los dos náufragos que luchan a muerte por una única tabla de salvación, capaz de sostener sólo a uno de ellos (caso de la tabla de Carnéades) -, bien porque no hay tal intromisión en absoluto, como sucede en la colisión de deberes de acción (caso del médico que asigna el único respirador artificial a uno de los dos enfermos).

> "Pero el `mal´ causado al lesionar un bien jurídico penalmente protegido supone no sólo el menoscabo de un bien, sino además una perturbación del orden jurídico y, siendo individual el bien, una injerencia anormal en la esfera del lesionado. De ello cabe deducir que el `mal´ causado por la acción realizada en estado de necesidad necesariamente deberá ser mayor que la lesión del bien típico que supone. Se alcanza por esta vía una conclusión importante, que modifica la interpretación tradicional y afecta en particular al supuesto de igualdad de males: si el `mal´ ha de ser siempre mayor que la lesión del bien típico que implica, la igualdad entre los bienes en conflicto no bastará para que se dé la igualdad de males que requiere la ley; cuando en situación de necesidad se lesione un bien típico igual que el que salva, podrá ser mayor el mal causado (porque éste encierra la perturbación inherente a la realización del hecho típico) que el evitado (que generalmente

> sólo consistirá en la lesión del bien impedida). Por lo mismo, tampoco bastará la superioridad del bien típico salvado, salvo que sea lo suficientemente amplia como para compensar el plus representado por la perturbación que supone el hecho realizado en estado de necesidad" (Santiago Mir Puig, "Derecho Penal. Parte general", Barcelona, Ed. Reppertor, 2004, 7ª ed., pp. 463 y s.).

La intromisión es especialmente grave cuando se produce sobre bienes estrechamente ligados a la dignidad humana, pues equivale a una instrumentalización de la persona. Es esta la razón por la que un médico no puede extirpar uno de sus dos riñones a una persona sin su consentimiento para implantarlo en quien lo necesita para vivir. Y es esta la razón por la que no está justificada una violación cometida bajo amenaza de muerte de un tercero.

> Para reflexionar: en la doctrina alemana ha merecido atención y discusión la justificación ex estado de necesidad de la extracción forzosa de sangre para salvar la vida de un tercero (v. en Roxin, "Derecho Penal. Parte general", I, Madrid, Civitas, 1997 – trad. de la 2ª ed. alemana -, pp. 693 y s.).

> "Piénsese en el caso extremo de que el médico prive a alguien de uno de sus ojos para evitar la ceguera de un paciente (…). La única forma de evitar esta consecuencia insostenible [estado de necesidad] es entender que la privación dolosa de la vida o integridad física de una persona constituye siempre un `mal´ mayor que la sola producción naturalística, o su no evitación, de una lesión corporal o de la muerte. Dado el especialísimo valor no sólo de la vida, sino también de la integridad física, pues de ambos depende la persona como `fin en sí misma´ ello debe concretarse en el sentido de que, excepcionalmente, tampoco la integridad física del hombre puede instrumentalizarse por nada, si siquiera como medio para salvar la vida o la integridad física de otra persona, salvo que se trate de evitar una agresión procedente de la persona lesionada. No cabría, pues, admitir que obra en estado de necesidad el cirujano que extrae un órgano no principal de alguien sin su consentimiento para salvar la vida de otro. Debería entenderse que causa un `mal´ mayor (privación dolosa de la integridad física de una persona que es `fin en sí misma´) que el que evita (la muerte como proceso biológico normal) (…).

> El principio, vinculado al valor constitucional de la dignidad humana, según el cual no es lícito admitir que se instrumentalice al individuo por otros sacrificando derechos fundamentales del mismo, puede conducir a negar también el estado de necesidad (…) para justificar un ataque grave a otros bienes personalísimos, como la libertad sexual o la libertad de movimiento, ni siquiera para evitar algún otro delito que no proceda del lesionado, aunque este delito sea más grave que aquel ataque" (Santiago Mir Puig, "Derecho Penal. Parte general", Barcelona, Ed. Reppertor, 2004, 7ª ed., pp. 465).

c) Queda aún un factor determinante, cuando concurre, de la ponderación de intereses que constituye el estado de necesidad. Puede suceder que el sujeto cuyo bien resulta preservado en el estado de necesidad sea un sujeto que tenga el deber jurídico de asumir el riesgo que ha evitado. Piénsese en el bombero que se niega a intervenir en el rescate de otros en la casa incendiada para no poner en juego su propia vida; o en el capitán de barco que ocupa una plaza en el bote salvavidas en lugar de uno de los viajeros; o en el juez que prevarica ante una amenaza de muerte. En todos estos casos debe sumarse al debe de la ponderación la infracción del correspondiente deber de asunción de riesgos. Esta infracción es disvaliosa porque supone una quiebra del ordenamiento, porque deja sin sinalagma el beneficio que el obligado ha obtenido por el riesgo que decía asumir – por ejemplo, un complemento salarial o prestigio social –, y, sobre todo, porque quiebra la institucionalización de una serie de funciones – especialmente de auxilio – que hacen más racional la vida social. La sociedad se organiza para que en caso de una situación de peligro intervengan determinadas personas que por sus cualidades y formación sean más capaces de conjurarlo. Estas personas asumen un deber positivo de intromisión que la sociedad demanda y les compensa y cuya falta debe evaluarse en la ponderación propia del estado de necesidad. Así, por seguir con el ejemplo más claro, el bombero reticente no actuará justificadamente porque su omisión tiene, frente al beneficio de la preservación de su vida, el perjuicio del riesgo de la vida de otro y el del incumplimiento de su especial deber de auxilio. Repárese en que mientras en otros casos se considera un perjuicio la injerencia del actuante, en estos el perjuicio consiste precisamente en la falta de una injerencia a la que el sujeto se había comprometido y con la que los demás contaban.

Para que la infracción de un deber especial de asunción de riesgos – si se prefiere: de un deber de sacrificio – sea computable negativamente en la ponderación propia del estado de necesidad será necesario que se trate de un deber jurídico y que el riesgo no asumido sea un riesgo útil y proporcionado. Ni al bombero se le exige que penetre en el edificio en llamas cuando ya es imposible todo rescate, ni al capitán de la nave le es exigible que arriesgue su vida para salvar la mercancía.

B) La ponderación de males propia del estado de necesidad es difícil y, en muchos casos, objeto de discusión política y social. ¿Puede torturarse a una persona para que confiese donde tiene a una persona secuestrada que corre así el riesgo de morir de inanición?; ¿puede realizarse un aborto (art. 317) con consentimiento de la mujer cuando la continuación del embarazo supone un peligro para la vida de ésta, o cuando el embarazo ha sido la consecuencia de una violación, o cuando el feto vaya a nacer con graves taras físicas o psíquicas?; ¿puede transfundirse sangre a una persona que se niega a ello por razones religiosas cuando ello es necesario para salvar su vida?

En conflictos como los reseñados es habitual que los ordenamientos establezcan reglas específicas de resolución del conflicto, expresando qué actuación y en qué circunstancias debe realizarse. Se trata de supuestos en que por razones de seguridad jurídica el propio legislador opta por resolver directamente el conflicto, sustrayéndolo de la interpretación judicial a través del esquema general del estado de necesidad. Esta ponderación normativa se realiza incluso a nivel constitucional con los delitos de tortura cuando se especifica que "no podrá establecerse, pronunciarse, ni aplicarse en ningún caso (…) las torturas" (art. 8.1 de la Constitución de la República Dominicana). Cuando tales regulaciones específicas existen, despliegan un efecto oclusivo sobre la aplicación genérica del estado de necesidad: el conflicto debe solventarse conforme a la regulación específica, sin que quepa su análisis desde las pautas generales del estado de necesidad.

CASO: ponderación de males en el estado de necesidad.

Supuesto 1: Germán fue sorprendido por la policía cuando a su llegada al aeropuerto de Barajas (Madrid) procedente de Venezuela portaba 1.525 gramos de cocaína de una riqueza del 58% y valorada en más de 90.000 dólares. Germán se sabía afectado por el SIDA, en un estado ya avanzado de la enfermedad, que le había sido transmitida por su compañera sentimental, fallecida anteriormente a causa de dicha enfermedad. Germán, que por el conocimiento de su estado sufría una fuerte depresión, había aceptado realizar esa actividad de transporte de droga bajo la promesa de que le sería pagado en España el tratamiento de su enfermedad que precisaba. Éste no estaba financiado por la sanidad pública de su país y él carecía de medios familiares y personales para procurárselo allí, por su alto coste.

Supuesto 2: La procesada acudió a una tienda de calzados y adquirió diversos pares de zapatos de señora y de niño para cuyo pago exhibió un documento de identidad ajeno que había encontrado en la calle y extendió un talón contra una cuenta corriente que había abierto con

nombre falso y carente de fondos. La procesada es madre de cinco hijos de corta edad, carecía de trabajo y de medios de vida, y había sido abandonada por su marido.

¿Concurre estado de necesidad en los hechos típicos descritos? ¿Es en cada caso mayor el mal que se trataba de evitar que el mal causado?

4.5. Tercer requisito: la voluntad de salvación.

Como en las demás causas de justificación concurre un requisito subjetivo consistente en la voluntad de salvaguarda de un bien o de cumplimiento de un deber, lo que equivale a un comportamiento voluntario con conocimiento de que se produce en una situación de necesidad y que constituye una opción por el interés preponderante. Como sucedía con el requisito correspondiente de la legítima defensa, es compatible con otro tipo de ánimos e intenciones, que resultan irrelevantes: es irrelevante que el sujeto se sienta satisfecho por haber roto la clavícula del sujeto al que ha salvado del atropello con un violento pero necesario empujón.

Cabe pensar en supuestos donde a un estado de necesidad objetivo no acompaña una voluntad de salvación: A dispara al ruidoso y fiero perro de su vecino sin saber, porque su visión de la escena es parcial, que con ello está interrumpiendo la agresiva carrera del can hacia el cartero. Se trata de supuestos en que no se da una justificación completa, pues a la falta de desvalor de resultado no acompaña un valor de acción, y que deberían quedar atenuados en la misma medida que los supuestos de tentativa (desvalor de acción sin desvalor de resultado).

CASO: Estado de necesidad y legítima defensa (agresión ilegítima y error en las presupuestos de la causa de justificación).

Para socorrer urgentemente a un herido grave tendido en la calle (A), una persona (B) que pasaba por allí se apodera de una moto que se encontraba aparcada y con la llaves puestas y que constituye el único vehículo disponible en las cercanías. Carga como puede al herido y circula hacia el hospital cuando le ve el dueño de la moto (C), que ignoraba la situación anterior. Dicho dueño, al observar que dos extraños circulan en su vehículo, les empuja cuando pasan a su lado, causando un accidente que termina con heridas leves y con la muerte del herido inicial por falta de pronta asistencia.

¿Actúa B en estado de necesidad? ¿Concurre legítima defensa en la actuación de C? ¿Sufría una agresión ilegítima? ¿Qué consecuencias tiene que ignorara la necesidad del apoderamiento de su moto? ¿Le es imputable la muerte de A?

5. El consentimiento.

5.1. Concepto y naturaleza.

Una cuestión controvertida es la de la trascendencia penal que debe tener el hecho de que el titular del bien jurídico lesionado por la conducta típica acepte tal lesión. Baste con contemplar algunos ejemplos para percatarse que dicha trascendencia ha de ser muy distinta en función de los distintos supuestos: un sujeto permite que otro se quede con su cartera; un individuo masoquista pide a otro que le abofetee y que le insulte; A desea morir y consiente que B acabe con su vida.

Debe advertirse, en primer lugar, que en numerosos delitos lo que se protege es la libertad de disposición de la persona sobre algo: sobre su cuerpo o sobre sus cosas. El bien jurídico no se describe como un objeto sino como una facultad, como un derecho a hacer u omitir algo. Cuando en estos supuestos el sujeto consiente la intervención de un tercero no está en rigor consintiendo que se lesione su bien jurídico – no está consintiendo un hecho típico -, sino que, muy al contrario, está precisamente disfrutando de su bien, al ejercitar las facultades que otorga el mismo a su titular. Esto es lo que sucede cuando el sujeto consiente que otro se lleve algo de su propiedad: no es un robo consentido sino una donación fruto del ejercicio de las facultades que comporta la propiedad. Y esto es también lo que sucede con las relaciones sexuales consentidas, o con la detención consentida, o con la entrada consentida en la morada.

En otro grupo de delitos nuestra impresión es bien diferente. Resulta claro que la conducta es típica, que se ha lesionado el bien jurídico, y la cuestión entonces es si debe tener un efecto de justificación total o parcial el hecho de que el titular haya consentido la lesión y que junto al desvalor de la lesión se dé el valor del respeto a la voluntad del sujeto lesionado en su bien. Es el caso de las lesiones consentidas o de las injurias consentidas.

> Algunos autores sostienen que también aquí lo que debe negarse es la tipicidad: bien porque piensen que si el ordenamiento da relevancia al consentimiento está convertiendo al bien jurídico no en un objeto (la integridad física, por ejemplo) sino en el derecho del titular sobre el objeto (el derecho a la integridad física); bien porque piensen que en estos casos lo que falta es la imputación objetiva del resultado al autor del comportamiento lesivo, dado que la lesión debe imputarse prioritariamente a la conducta del titular que consiente.

5.2. El consentimiento en el Código Penal de la República Dominicana.

No es usual que los códigos penales contemplen una regulación general del consentimiento que sea válida para todos los delitos. El legislador prefiere discriminar – o dejar que el juez discrimine interpretando la norma correspondiente – la incidencia del consentimiento en cada hecho típico – piénsese en la diferente valoración que

exige el consentimiento respecto al homicidio que respecto a lesiones muy leves, en las que el sujeto consiente por razones estéticas o incluso de placer -, a la vez que es consciente de la distinta significación que tiene el que el sujeto consienta en función del bien jurídico que está en juego: eliminando tal lesión (robo, por ejemplo) o presuponiéndola (difamación, por ejemplo).

Que el consentimiento elimine la propia tipicidad es algo que en ocasiones se explicita en el tipo, pero que en otras está implícito en la propia naturaleza del bien protegido. Así, mientras que el art. 234 del Código Penal español especifica en el hurto que la apropiación ha de hacerse "sin la voluntad de su dueño", el dominicano no considera necesario hacer tal especificación en el delito de robo, que exige "fraude", lo que obviamente excluye el consentimiento del titular de la cosa. En ambos Códigos resulta evidente, por poner otro ejemplo, que el consentimiento excluye la tipicidad de la agresión sexual, aunque no se diga expresamente; sí se dice en el Código Penal dominicano que ha de concurrir "violencia, constreñimiento, amenaza, sorpresa" o "engaño", y en el Código Penal español, "violencia o intimidación" en el atentado "contra la libertad sexual de otra persona". Repárese en que la violencia como tal no excluye el consentimiento: en que no habría violación en la relación sexual violenta consentida.

El Código Penal hace tres menciones expresas al consentimiento como causa exonerativa. En el art. 337 (delitos contra la intimidad), para expresar que el consentimiento evita la lesión del bien – pues la intimidad consiste precisamente en la facultad del individuo de mantener reservada cierta información personal, y por lo tanto comprende la facultad de difundir dicha información – y para precisar que se entiende por consentimiento la falta de oposición a la conducta típica. En el art. 332 se aclara que constituye una violación la relación sexual no consentida en una relación de pareja. La tercera mención es para negar carácter justificante al consentimiento de la madre en el delito de aborto (art. 317: "aun cuando ésta [la mujer embarazada] consienta en él").

Queda la duda de si en los demás tipos penales el consentimiento del sujeto pasivo del delito evita la lesión del bien jurídico o la elimina total o parcialmente. Es ésta una reflexión que habrá de hacerse delito por delito y que tendrá especial trascendencia en los de lesiones y homicidio. En los de lesiones leves y muy leves parece que el consentimiento de la víctima habrá de tomarse en cuenta, bien para negar la tipicidad negando la propia imputación del resultado a la conducta del autor, bien para dotarle de alguna significación atenuatoria o exoneratoria. Esta significación parece mucho más discutible conforme avanza la gravedad del hecho, dado el silencio del legislador al respecto.

5.3. Requisitos.

Sea cual fuere el ámbito exonerante del consentimiento y la razón para tal exoneración (atipicidad o justificación), en la medida en que lo que supone el mismo es una voluntad de aceptación de una conducta ajena, exigirá que el titular tenga ciertas carac-

terísticas psicofísicas que condicionan el valor de tal voluntad; que la voluntad se exprese hacia el exterior, aunque no sea a través de un acto formal, y sea por ello reconocible; y que no se trate de una voluntad viciada por la coacción, el engaño o el error.

Respecto al primero de los requisitos el punto de partida para la validez del consentimiento será la capacidad natural de discernimiento, aunque el legislador, o el juez al interpretar los tipos, pueden exigir una capacidad superior (piénsese en los delitos contra la libertad sexual) o incluso la mayoría de edad. Respecto al segundo requisito parece que tal recognoscibilidad externa del consentimiento debería abarcar la del sujeto ausente o inconsciente del que conste fehacientemente su voluntad de aceptación.

6. El ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

6.1. El ejercicio de un derecho.

6.1.1. Fundamento.

Si la ley procesal penal permite la detención de ciertas personas por parte de cualquier ciudadano – por ejemplo, por tratarse el detenido de persona que iba a cometer un delito o que está perseguido por la justicia -, o si el derecho a la libre expresión permite que se afecte al honor de un dirigente público como instrumento necesario para la crítica política, o si las leyes civiles permitieran ciertos malos tratos leves de los padres hacia los hijos menores de edad en el ejercicio de su labor educativa, resulta un contrasentido que el ordenamiento penal catalogue esas conductas como disvaliosas, como antijurídicas, y proceda a su sanción si concurre culpabilidad en su autor. Resultaría así que lo que el ordenamiento da con una mano lo estaría quitando con la otra, quebrando su imprescindible unidad y lesionando la más esencial seguridad jurídica.

Cuando una norma del ordenamiento regula como lícita una conducta tras la correspondiente ponderación de sus ventajas e inconvenientes, tal ponderación no procede de nuevo en sede penal. La balanza está ya utilizada y guardada. Si, por ejemplo, la ley entiende que es lícito que un ciudadano prive de libertad a otro ciudadano en ciertos supuestos excepcionales – un preso fugado de la cárcel, por ejemplo -, no puede el juez penal ignorar esa ponderación legislativa y reconsiderarla en el proceso penal para proceder a una valoración distinta.

> "La razón de la eficacia eximente del ejercicio de un derecho radica, en última instancia, en el principio lógico de la no contradicción interna de un mismo ordenamiento jurídico, aunque su fundamento inmediato se encuentra en el principio del interés preponderante, lo que supone que, en todo conflicto normativo, late una tensión entre intereses protegidos

> que debe resolverse de manera casuística, a través de la ponderación (con criterios normativo-valorativos) de tales intereses enfrentados. Es evidente que toda causa de justificación conlleva una tarea de ponderación de bienes o intereses en conflicto, pero en esa circunstancia específica de ejercicio de un derecho, puede concluirse sin dificultad que tal ponderación está, en la mayoría de los casos, previamente hecha por el constituyente o el legislador, que solamente han condicionado la aplicabilidad de los efectos eximentes, en el caso concreto, a la constatación (por el Juez) de la legitimidad de su ejercicio" (Esteban Mestre Delgado, "La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas legales de justificación", Madrid, Ed. Edisofer, 2001, pp. 216 y s).

6.1.2. Supuestos.

En cada ordenamiento jurídico existirán múltiples supuestos en los que, tras la correspondiente ponderación, sus normas otorgarán derechos subjetivos: situaciones jurídicas especialmente protegidas que permiten a su titular la posibilidad de reclamar la protección del Estado. A título ejemplificativo deben destacarse los derechos fundamentales y las autorizaciones administrativas.

Los derechos fundamentales no son sino derechos subjetivos especialmente reforzados, inmunes incluso frente al legislador y proclamados en la Constitución. Son esferas de libertad individual: ámbitos de la realidad en los que el individuo puede decidir sobre su conducta sin estar condicionado o sometido a ningún poder público. Quien actúa en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, quien se expresa verazmente en asuntos de interés público, no podrá ser condenado por difamación. Quien ejercita legítimamente su derecho fundamental a la huelga no realizará hecho alguno antijurídico de amenazas.

Cada vez cobran más importancia como causa de justificación por el legítimo ejercicio de un derecho las autorizaciones administrativas. Allí donde existe un acto de la administración que autoriza la realización de una concreta actividad – sea porque reconoce un derecho previo, sea porque lo otorga -, allí será inconsecuente que el Estado reaccione luego a través de la justicia penal contra su propio acto de autorización. Tal cosa sucede por ejemplo en los ordenamientos donde existen delitos contra el medio ambiente o contra la ordenación del territorio. Si la Administración autoriza un vertido o una edificación, tales vertido o edificación no podrán ser el objeto de una conducta delictiva.

> Algunos de estos supuestos podrán no ser supuestos de justificación por ejercicio de un derecho, sino supuestos de atipicidad: la normativa que regula la actividad respectiva es ambigua y lo que hace la Administración con su autorización es precisar el nivel de riesgo permitido en el caso concreto, determinando que en tal caso no queda rebasado.

6.2. El cumplimiento de un deber.

6.2.1. Fundamento.

La razón por la que queda justificada penalmente la conducta de quien daña un bien jurídico en cumplimiento de un deber jurídico es la misma que se exponía respecto a la conducta típica de quien ejercita un derecho: si una norma jurídica, tras la correspondiente ponderación de lo que se gana y se pierde socialmente con la medida, obliga a un ciudadano a lesionar un bien jurídico, no puede después sancionarle, y nada menos que penalmente, por haber cumplido con su obligación. Es, pues, una razón de seguridad jurídica, y una razón de unidad del ordenamiento jurídico, y, de fondo, una razón de ponderación de intereses.

En realidad esta causa de justificación tiende a confluir con la del estado de necesidad en forma de colisión de deberes, y no tiene mayor trascendencia analizar un supuesto desde una perspectiva u otra. Estaremos ante el cumplimiento de un deber jurídico si se trata de un deber específicamente reconocido y regulado por una norma y cuyo contenido específico consista en la lesión de un bien jurídico, lo que comportará la ventaja de una mayor automaticidad: el juez no tendrá que ponderar deber y bienes o deberes, sino que se limitará a constatar la existencia del deber jurídico regulado y a reconocer la ponderación que subyace a esa regulación. Por ejemplo, la conducta del profesional que tiene deber de secreto y que no impide la comisión de un delito deberá ser analizada desde el prisma de la colisión de deberes, pues no se trata de un deber específico de lesión del bien jurídico, como sí sucede con la detención a la que procede un agente de policía o la coacción que emplea para detener a un delincuente.

6.2.2. Supuestos: detenciones, uso policial de la fuerza, obediencia debida.

Cada ordenamiento prescribirá sus propios deberes en sus diversas ramas. Son habituales, por ejemplo, las regulaciones relativas al deber de detención de ciertos funcionarios, significativamente de los jueces y de los agentes de policía. Constituyen también casos habituales de hechos típicos justificados por el cumplimiento de un deber los que produce la policía cuando emplea la violencia por razones de orden público: significativamente para evitar la comisión de hechos ilícitos, para capturar a sus autores y para preservar en general la seguridad ciudadana y el orden público. En la regulación del ejercicio de la violencia en las normas correspondientes, y peculiarmente del uso de armas de los agentes de policía, se ponderará, de un modo análogo al propio de la legítima defensa y el estado de necesidad, los bienes que la actuación policial preserva y los que daña.

Caso: cumplimiento de un deber; error en los presupuestos fácticos.

Al paso de la comitiva presidencial por el centro de la ciudad, uno de los policías que escolta el vehículo del presidente y cuyo cometido es su protección, observa cómo desde una ventana cercana alguien apunta con un rifle hacia el vehículo en lo que parece ser un atentado. Reacciona y dispara hacia la ventana, con el objetivo de neutralizar al posible autor del atentado. Acierta con el mismo y lo mata. Se constata posteriormente que el mismo era un niño que jugaba con un rifle de juguete.

¿Está exento de responsabilidad el policía? ¿Concurre la eximente de cumplimiento de un deber? ¿Qué incidencia tiene su error fáctico en su responsabilidad penal?

La obediencia debida se contempla específicamente como causa de justificación en los arts. 114 (atentados contra la libertad) y 190 (abusos de autoridad contra la cosa pública). En el art. 234 lo que se sanciona por el contrario es la desobediencia de "los encargados y depositarios de la fuerza pública" respecto a la autoridad civil, negando "el auxilio de la fuerza que tengan bajo su mando". Como se infiere de la lectura de los dos primeros preceptos habrá un deber de odediencia si concurre la orden de un superior en el círculo de sus atribuciones.

En la aplicación de la obediencia debida como causa de justificación el principal problema de aplicación lo plantea su ámbito: ¿deben obedecerse las órdenes antijurídicas de realización de un hecho típico? Las necesidades de eficacia de la Administración, que se verían seriamente perturbadas si los subordinados tuvieran que cuestionar la juridicidad de las órdenes de sus superiores, y la propia dicción de los artículos citados invitan a pensar que existe una obligación de obedecer – y la correlativa causa de justificación -cuando la orden proviene de un superior en el ámbito de sus competencias y por lo tanto es aparentemente jurídica (teoría de la apariencia). Obvio es decir que a dicho superior no le alcanza en absoluto la justificación y que responderá como autor mediato del hecho típico antijurídicamente ordenado.

No existiría tal obligación cuando la orden sea manifiestamente antijurídica – piénsese en la orden de torturar o en la de arrojar al detenido atado al mar – y se desvanezca la inicial apariencia de licitud. En tales casos no concurre un deber de obediencia y por lo tanto el hecho típico del subordinado no está justificado. Podrá a lo sumo quedar exculpado (falta de culpabilidad) total o parcialmente, en su caso, por un error de prohibición o por miedo insuperable.

BIBLIOGRAFÍA

- BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO; "Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda", Barcelona (J. M. Bosch), 1994.

- IGLESIAS RÍO, MIGUEL ÁNGEL; "Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa: consideración especial a las restricciones ético-sociales", Granada (Comares), 1999.

- LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL; "Aspectos esenciales de la legítima defensa", Buenos Aires (Julio César Faira), 2002 (2ª ed.).

- MESTRE DELGADO, ESTEBAN; "La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas legales de justificación", Madrid (Ed. Edisofer), 2001.

- MIR PUIG, SANTIAGO; "Derecho Penal. Parte general", Barcelona (Ed. Reppertor) 2004 (7ª ed.), pp. 153 y ss., 413 y ss.

- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO; "Antijuridicidad penal y sistema del delito", Barcelona (J. M. Bosch), 2001.

- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO; "El estado de necesidad como ley general. Aproximación a un sistema de causas de justificación", en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2000, pp. 199 a 260.

- ROXIN, CLAUS; "Derecho Penal. Parte general", I, Madrid (Civitas), 1997 (trad. de la 2ª ed. Alemana), pp. 554 y ss.

TEMA 8

LA CULPABILIDAD

Maximiliano Rusconi
Abogado
Argentina

1. INTRODUCCIÓN. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD
2. PERSPECTIVA FORMAL: CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y FUNDAMENTO
    2.1. ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD
    2.2. CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD: EVOLUCIÓN HISTÓRICA
        2.2.1. La concepción psicológica de la culpabilidad
        2.2.2. La concepción normativa de la culpabilidad
        2.2.3. La concepción normativa en el finalismo
3. PERSPECTIVA MATERIAL: EL FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD
    3.1. EL FUNDAMENTO BASADO EN EL LIBRE ALBEDRÍO
    3.2. EL FUNDAMENTO BASADO EN RAZONES PREVENTIVAS
    3.3. LA CULPABILIDAD COMO ATRIBUCIÓN INTERSUBJETIVA
4. LA INIMPUTABILIDAD
    4.1. CONCEPTO. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD.
    4.2. SUPUESTOS DE INIMPUTABILIDAD
        4.2.1. Introducción. Regulación en el Código Penal
        4.2.2. Anomalía psíquica y trastorno mental transitorio
        4.2.3. Intoxicación plena por alcohol u otras drogas
    4.3. LA INIMPUTABILIDAD PROVOCADA: LA DOCTRINA DE LA ACTIO LIBERA IN CAUSA
    4.4. LA MINORÍA DE EDAD

5. EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

5.1. PLANTEAMIENTO. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y REGULACIÓN LEGAL

5.2. CONCEPTO, TERMINOLOGÍA Y CLASES

5.3. TEORÍAS SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN

5.3.1. Teoría del dolo

5.3.2. Teoría de la culpabilidad

5.3.3. La teoría restringida de la culpabilidad. Referencia al error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación (error indirecto)

5.4. CONCRECIONES SOBRE EL ERROR INDIRECTO: EJEMPLOS Y POSTURAS DOCTRINALES

5.5. EL CONTENIDO DE LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD. DISTINCIÓN ENTRE EL ERROR VENCIBLE Y EL INVENCIBLE

6. LA INEXIGIBILIDAD COMO ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD. LAS LLAMADAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN

6.1. PLANTEAMIENTO

6.2. REGULACIÓN EN LA LEY DOMINICANA

6.3. CAUSAS DE EXCULPACIÓN MÁS HABITUALES

6.3.1. Miedo insuperable

6.3.2. Estado de necesidad exculpante

TEMA 8

LA CULPABILIDAD

1. INTRODUCCIÓN. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD

Hasta el momento hemos abordado los elementos cuya concurrencia permite calificar como antijurídica a una conducta – acción u omisión -. Es decir, hemos analizado los requisitos que dicha conducta debe cumplir para poder ser considerada contraria al ordenamiento jurídico penal. Pero, como es sabido, con el juicio de tipicidad y antijuridicidad no ha culminado el análisis propio de la teoría del delito, ni, por tanto, se han satisfecho todos los presupuestos jurídicos que permiten dar lugar a la imposición de la sanción penal. Para ello es preciso también que la conducta haya sido realizada culpablemente o, expresado en otros términos, que *el autor haya actuado con capacidad de culpabilidad.*

Ello es consecuencia de la garantía inherente al *principio de culpabilidad,* que ya ha sido analizado con detenimiento en la Lección primera del presente curso, así como al comienzo de la Lección tercera, cuando nos planteábamos el principio de culpabilidad, o de responsabilidad subjetiva, en su relación con la exigencia, ubicada sistemáticamente en la tipicidad, de que la conducta sea realizada con dolo o imprudencia.

A estos efectos, y para evitar confusiones, es importante distinguir entre el principio de culpabilidad, entendido como garantía fundamental de legitimación inherente a un Derecho penal democrático y liberal, y la categoría sistemática de la

culpabilidad, como filtro o eslabón configurado por la teoría del delito bajo el que se aglutinan diferentes exigencias de carácter subjetivo para declarar "culpable" (esto es: responsable) a una persona por su acción antijurídica y poder, con ello, aplicarle la sanción penal. El principio de culpabilidad es un presupuesto de legitimación previo a la construcción sistemática de la teoría del delito, que se proyecta sobre muy diversas instituciones penales incluidas en el concepto dogmático de delito, configurando sus contornos. En este sentido, la incidencia del principio de culpabilidad va más allá de los elementos que comprende la categoría de la culpabilidad. Así, por ejemplo, la exigencia de dolo o imprudencia, que la práctica totalidad de la doctrina científica sitúa actualmente en la categoría de la tipicidad como su vertiente subjetiva, es expresión directa del principio de culpabilidad, como ya vimos. De igual modo, la previsibilidad del resultado producido como presupuesto básico de la teoría de la imputación objetiva (ubicado, como sabemos, dentro de la tipicidad objetivo) se deriva igualmente de la culpabilidad como garantía básica del Derecho penal.

Pues bien, la presente lección está dedicada al estudio de los elementos que componen la categoría de la culpabilidad, cuya concurrencia permite afirmar que el autor de un hecho típico y antijurídico actuó también de modo culpable. Como primera aproximación a lo que después veremos más detalladamente, podemos mencionar que para ello, para poder afirmar la culpabilidad de un autor respecto a lo realizado y, con ello, hacerle penalmente responsable, es preciso que se cumplan tres requisitos:

a) Que tenga capacidad para comprender la relevancia del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión *(imputabilidad)*

b) Que conozca (o haya podido conocer) que su conducta estaba prohibida por las leyes penales *(conocimiento de la antijuridicidad)*.

c) Que no existan circunstancias susceptibles de haber impedido o disminuido su capacidad de motivación ante la norma *(ausencia de causas de exculpación)*.

En cualquier caso, antes de entrar a abordar detenidamente cada uno de esos tres requisitos, es preciso asentar algunas cuestiones introductorias, relativas, en especial, a los aspectos sistemáticos de la categoría de la culpabilidad y sus elementos, y al fundamento de la culpabilidad.

2. PERSPECTIVA FORMAL: CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y FUNDAMENTO

2.1. ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

Como es sabido, el concepto dogmático del delito se establece a partir de distintas categorías, que operan como filtros de enjuiciamiento desde los que el hecho debe

ir siendo analizado en orden a determinar su relevancia penal. Acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad conforman, así, un conjunto de elementos o requisitos que la conducta debe satisfacer para poder ser considerada una infracción penal y poder asignarse la consecuencia jurídica penal. Como también es sabido, tales categorías se ordenan de modo sistemático; ello implica que, en principio, los requisitos agrupados bajo cada una de esas categorías tienen una naturaleza común entre sí y diversa a los requisitos incluidos en las restantes categorías. Ello se debe a que la valoración del hecho que se realiza en cada una de las categorías posee una finalidad distinta.

En este sentido, las dos valoraciones esenciales que se realizan con el sistema del delito son la relativa a la contrariedad del hecho al *ordenamiento jurídico-penal,* de una parte, y la *responsabilidad del autor por tal hecho*. La primera de ellas se corresponde con las categorías de la acción, la tipicidad y la antijuridicidad: con ellas se enjuicia el hecho, sin atender a las circunstancias personales del autor; éstas son objeto del análisis propio de la categoría de la culpabilidad. Expresado en palabras de Mir Puig, mientras la antijuridicidad (en sentido amplio) constituye un "juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho", la culpabilidad analiza "la posibilidad de imputación de ese hecho desvalorado a su autor"[1]. Y ese orden sistemático no es casual: el análisis de la culpabilidad sólo tiene sentido una vez que ya hemos considerado que la acción realizada es antijurídica, dado que no existe una culpabilidad "en sí", sino que ese juicio se remite a la *responsabilidad por el hecho (antijurídico).*

2.2. CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD: EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Ya hemos anticipado el conjunto de requisitos que se incluyen bajo la actual configuración de la categoría de la culpabilidad. Según las nociones terminológicas que venimos manejando, podemos decir que todos ellos (la imputabilidad, el conocimiento de la prohibición y la ausencia de causas de exculpación) constituyen requisitos para poder imputar el hecho al autor y declararle con ello responsable.

> Así, por ejemplo, cuando una persona mata a otra estando sumida en un brote esquizofrénico, la enfermedad mental bajo cuya influencia actuaba el sujeto en nada afecta a la valoración jurídico-penal sobre el hecho realizado: independientemente de la situación psíquica en que se hallaba el sujeto, podemos calificar la acción realizada como una conducta típica –porque, digamos, el resultado de muerte puede imputársele objetivamente y el actor actuó con dolo de matar- y antijurídica –porque, por ejemplo, no actuó bajo una legítima defensa-.

1 MIR PUIG, Derecho penal. Parte General, p. 527.

No obstante, la actual configuración de la culpabilidad no siempre ha sido como se presenta actualmente por la práctica totalidad de los autores, sino que, al igual que el resto del sistema del delito, ha venido recibiendo distintos contenidos a lo largo de la evolución de la teoría del delito. Por ello, es procedente exponer un breve panorama de tal evolución, de cara a comprender su estado actual.

2.2.1. La concepción psicológica de la culpabilidad

La diferenciación básica entre antijuridicidad y culpabilidad estaba ya plenamente asentada a finales del siglo XIX, cuando von Liszt y Beling, padres de la actual dogmática jurídico-penal, desarrollaron sus respectivas concepciones. Ambas estaban sostenidas sobre una metodología positivista-científica, dando lugar al llamado "concepto clásico" del delito. Partiendo de la influencia de las ciencias naturales, se acogió una estricta división entre la parte externa u objetiva del hecho, y la parte interna, o subjetiva, estableciendo a partir de la misma la diferenciación entre la antijuridicidad y la culpabilidad. Así, la primera se asociaba con la parte externa, con lo aprehensible por los sentidos, viniendo especialmente determinada por la causalidad como criterio central del injusto penal. Y, en consecuencia, la culpabilidad se nutría de todos los elementos subjetivos o internos del hecho, formando parte de ella, por tanto, también el dolo, que en la actualidad se halla ubicado en la tipicidad. En este sentido, el concepto de dolo era distinto del manejado hoy: el dolo contenido en la culpabilidad por este concepto clásico del delito era un "dolus malus", que incluía no sólo el conocimiento y voluntad de realizar el hecho (dolo neutro actual), sino también el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

Bajo esta concepción, la idea de la culpabilidad estaba exenta de valoración y, por tanto, no se entendía como un juicio de reproche, sino que se entendía únicamente como una realidad psicológica: la culpabilidad consistía en el nexo psicológico entre el hecho y el autor del mismo, siendo el dolo o la culpa (imprudencia) las dos posibles conexiones psíquicas que permitían vincular el hecho con el autor[2].

2.2.2. La concepción normativa de la culpabilidad

Dicho concepto puramente psicológico de la culpabilidad se enfrentaba a problemas casi irresolubles, lo que, unido a un cambio de perspectiva metodológica, terminó por motivar su abandono por parte de la doctrina, y la asunción de una perspectiva normativa de la culpabilidad.

Los problemas principales de la concepción psicológica eran los siguientes:

a) En primer lugar, que desde esa estrecha concepción psicológica no se acertaba a explicar la imprudencia inconsciente, sobre la cual existía (y existe) consenso en que debe ser castigada pero en la que sin embargo no cabe afirmar un vínculo psicológico entre el autor y el hecho porque, precisamente, se caracteriza porque el sujeto no se representa la posibilidad de producción del resultado.

2 Vid. por todos MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General,* p. 523.

b) En segundo lugar, hay supuestos de exclusión de la culpabilidad en los que, no obstante, resulta indudable la concurrencia de dolo. Así, ello tiene lugar especialmente en los casos de exculpación por la circunstancia de miedo insuperable, o por un estado de necesidad exculpante, en los que la razón por la que se excluye la culpabilidad no puede ser la ausencia de vínculo psicológico entre el hecho y el autor (dado que el sujeto quiere producir el resultado), sino que tal exclusión está fundada en razones de índole político-criminal, basadas en la inexigibilidad por el ordenamiento jurídico de otra conducta distinta o en la ausencia de necesidad de pena.

Por otra parte, la metodología científico-naturalista que había presidido la teoría del Derecho penal fue sustituida, a comienzos del siglo XX, por una aproximación neokantiana, según la cual las ciencias sociales, como el Derecho, no consisten en explicar o describir la realidad, sino en una labor de comprensión y valoración de la misma; ello implicaba que las categorías de la teoría del delito debían estar configuradas no a partir de fenómenos naturales (como la causalidad), sino también atendiendo a valores.

Como acabamos de afirmar, la coexistencia de ambos aspectos abocó a la adopción por la doctrina de la llamada concepción normativa de la culpabilidad, pasando ésta a entenderse como un juicio de valor, en lugar de como una mera constatación de un vínculo psicológico. "La culpabilidad es reprochabilidad", afirmaría Frank, uno de los principales valedores de esta concepción[3].

El "concepto neoclásico del delito" a que este giro dio lugar no conllevaba, por el momento, modificación de los elementos de la culpabilidad, si bien sí suponía una importante diferencia en su comprensión. Así, el dolo y la imprudencia pasaban a ser elementos necesarios pero no suficientes, por cuanto lo determinante era el juicio de reproche, que venía fundado en factores distintos que la mera conexión psíquica entre autor y hecho. Ello, ciertamente, permitía integrar como elementos de la culpabilidad aspectos esencialmente valorativos, como los citados supuestos de estado de necesidad exculpante o miedo insuperable.

2.2.3. La concepción normativa en el finalismo

Con el advenimiento del finalismo – corriente surgida de la mano de Welzel – y de su noción esencial de la acción final, la configuración tradicional de la teoría del delito sufrió una alteración radical, que todavía hoy permanece. Si la acción debía entenderse como el ejercicio de una voluntad dirigida a un fin, el contenido de esa voluntad (el dolo) no podía quedar relegado a la culpabilidad, sino que configuraba ya el propio concepto de acción y, por tanto, de la tipicidad. Ello supuso que el dolo y la imprudencia – tal y como lo hemos estudiado en la Lección tercera- pasaran a situarse en la tipicidad, permaneciendo en la culpabilidad, no obstante, el conocimiento de la prohibición.

3 En su obra *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (1907), citado por MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, p. 9.

Con ello la culpabilidad quedaba conformada tal como en la actualidad sigue sosteniéndose mayoritariamente: por los elementos de la imputabilidad, el conocimiento de la prohibición y la ausencia de causas de exculpación.

3. PERSPECTIVA MATERIAL: EL FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD

Ahora bien, ni la concreta configuración que adopte la categoría de la culpabilidad, ni los elementos o requisitos que queramos introducir en ella, dan respuesta a la cuestión relativa al fundamento de la culpabilidad; cuestión que, ciertamente, tiene carácter previo, por cuanto el concreto contenido y límites de aplicación de tales elementos –de los supuestos de error de prohibición, o de los casos de inexigibilidad, por ejemplo- dependerá de cuál sea el fundamento de la culpabilidad.

La culpabilidad, como hemos afirmado, conlleva un juicio de desvalor, de reproche, hacia el sujeto que realizó la conducta antijurídica; o, en otros términos, implica la atribución de responsabilidad por lo realizado y, consecuentemente, la legítima posibilidad de imposición de una sanción penal. Pues bien, la cuestión que con el fundamento material de la culpabilidad nos planteamos es: ¿Cómo puede justificarse ese juicio de reproche, esa atribución de responsabilidad?

Para responder este interrogante –mucho más complejo de lo que a primera vista pudiera parecer- se han ensayado diversas respuestas, agrupadas bajo dos concepciones básicas:

a) La postura que asume el libre albedrío, considerando que el fundamento del reproche consiste en que el autor podía haber actuado de otro modo a como lo hizo.

b) La postura que, frente a la anterior, adopta una perspectiva determinista, rechazando la existencia del libre albedrío, o al menos la imposibilidad de su demostración, y opta por un fundamento basado en los fines de la pena.

3.1. EL FUNDAMENTO BASADO EN EL LIBRE ALBEDRÍO

La concepción clásica que acoge como presupuesto de la culpabilidad la existencia o demostrabilidad del libre albedrío puede considerarse quizá en la actualidad, al menos en el marco del Derecho penal, como minoritaria, si bien cuenta todavía con importantes seguidores, principalmente surgidos de las filas del finalismo. Desde esta posición se asume que el hombre tiene capacidad de decidir sobre su actuación: que "la voluntad humana es normalmente libre e incondicionada, en el sentido de que todos los seres racionales tienen la facultad de autodeterminarse y son padres y dueños de sus acciones"[4]. Y además se asume también que sólo bajo ese presupuesto es posible la atribución de culpabilidad, por cuanto sólo puede reprocharse a alguien lo realizado si hubiera podido actuar de otro modo.

4 FERRAJOLI, Derecho y razón, 1995, p. 493.

Dentro de este punto de vista existen fundamentaciones cuasimetafísicas, que asumen la existencia del libre albedrío como un hecho ontológicamente evidente, aun cuando sea indemostrable empíricamente, y posiciones menos radicales que, en lugar de partir de perspectivas empíricas, asumen el libre albedrío como un presupuesto inherente a nuestra propia comprensión como seres humanos, el cual se halla inscrito en las mismas estructuras lingüísticas (Schünemann) y del que por tanto no podemos prescindir.

3.2. EL FUNDAMENTO BASADO EN RAZONES PREVENTIVAS

Frente al punto de vista anterior, una corriente también tradicional de pensamiento ha venido rechazando la existencia o demostrabilidad del libre albedrío, asumiendo en ocasiones una postura determinista, según la cual "todo fenómeno – y por tanto no sólo las acciones, sino también la intención (o sea, la suma de conocimiento y voluntad) de realizarlas- es efecto necesario y, por ello, inevitable, de causas absolutamente condicionantes, de tipo físico, psíquico, ambiental económico o social, condicionadas, a su vez, por otras causas de tipo análogo e igualmente condicionantes y condicionadas en una especie de espiral hasta el infinito"[5]; o bien, en todo caso, adoptando una perspectiva "agnóstica" en materia de libre albedrío, en el sentido de que siendo indemostrable no puede servir como pilar desde el que construir el edificio de un Derecho penal de la culpabilidad. Se afirma, así, que si para la apreciación de la culpabilidad se parte de un fenómeno que se pretende empírico pero que no puede constatarse, ello habría de conducir siempre a la absolución en virtud del principio in dubio pro reo, porque nunca podría probarse que el agente pudo, en el caso concreto, haber actuado de otro modo[6].

Obviando ahora las diversas posturas doctrinales que cabe aglutinar bajo las tesis preventivas, lo que las asemeja es partir de los propios fines preventivos del Derecho penal como fundamento de la culpabilidad. Así, por un nutrido sector doctrinal -especialmente en España bajo el magisterio de Gimbernat- se sostiene que el fundamento de la culpabilidad es la necesidad preventiva de pena, que sólo concurre en aquellos ciudadanos que tienen capacidad de ser motivados por la norma. Si la finalidad del Derecho penal es la evitación de conductas lesivas de bienes jurídicos a través de las normas de conducta, el presupuesto de la culpabilidad radicará en la capacidad del sujeto de ser motivado por la norma. No es por tanto necesario exigir que el sujeto hubiera podido actuar de otro modo, sino que basta con poder acreditar que el sujeto, en el momento de realización del hecho, estaba en condiciones psíquicas normales a los efectos de ser motivado por la norma de conducta; aspecto éste, a diferencia del libre albedrío, demostrable empíricamente. La "anormalidad motivacional" (Mir Puig) sería el fundamento de la exclusión de responsabilidad penal.

5 FERRAJOLI, Derecho y razón, 1995, p. 493.
6 ROXIN, Derecho Penal. Parte General. Tomo I, pp. 799-800.

Los defensores de esta postura sostienen que el fundamento en la necesidad de pena no ha de llevar – como oponen sus críticos- a la punición de inimputables, puesto que la utilización de la pena sobre esa clase de personas no es preventivamente necesaria. Desde la amenaza de pena, porque no son motivables por la misma; pero tampoco la imposición de una pena a un inimputable tendría efectos de intimidación sobre futuros delincuentes, y ello, se afirma, porque entre los individuos imputables se da un "proceso de identificación" que permite diferenciar efectos preventivos con respecto a los inimputables. Se sostiene, así, que "la impunidad del loco en nada relaja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los 'imputables'; éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí que les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente"[7].

3.3. LA CULPABILIDAD COMO ATRIBUCIÓN INTERSUBJETIVA

En la actualidad, un buen número de autores asume una concepción que podemos llamar intermedia entre las anteriores, pues al mismo tiempo que asume que el fundamento de la culpabilidad sólo puede radicar en razones preventivas, de necesidad de pena, no funda esta conclusión en un rechazo del libre albedrío. Son muchas las variantes manejadas, que no es preciso reproducir aquí. Baste con una exponer las líneas básicas de una versión personal[8].

Ciertamente, la culpabilidad es consecuencia de un juicio de atribución de responsabilidad, y esa atribución de responsabilidad, en Derecho penal, sólo tiene sentido cuando la aplicación de una pena resulta necesaria desde la finalidad preventiva que la legitima. No obstante, ello no implica prescindir de la idea de la libertad de acción como fundamento de dicha atribución, siempre que se entienda de un modo distinto a como se ha venido haciendo por la doctrina tradicional del libre albedrío. Es un hecho indubitado que cada uno de nosotros se asume como libre, y contempla sus acciones como el resultado de una decisión, y no como la consecuencia ciega de una infinita cadena causal de acontecimientos. Pues bien, partiendo de esa asunción, también contemplamos y asumimos a los demás como entes dotados de la libertad de decisión. Pues bien, es en ese mutuo reconocimiento intersubjetivo es donde podemos situar donde podemos situar el fundamento de la culpabilidad, por cuanto el juicio de atribución de responsabilidad que hacemos cuando alguien infringe una norma (ya sea moral o jurídica) presupone una previa atribución de libertad de decisión sobre lo realizado. Sin libertad no cabe afirmar la culpabilidad, por cuanto sólo de lo elegido puede ser uno hecho responsable. Pero, al igual que la atribución de responsabilidad, la libertad no es un hecho que necesite verificación empírica, sino que es un "hecho social" fruto del mutuo reconocimiento como seres humanos.

7 GIMBERNAT, *El sistema de Derecho Penal en la actualidad, en: Gimbernat: Estudios de Derecho Penal, 1990 (3ª edición)*, pp. 176 -177.

8 Para una más detallada exposición, vid. ALCACER GUIRAO, *Prevención y garantías: conflicto y síntesis,* en: XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, 2002

Ahora bien, hay ocasiones en las cuales esa atribución de libertad de actuar a los demás debe ponerse en duda, porque concurran en la persona –o en el contexto en que se realiza la acción- determinadas circunstancias especiales que, a estos efectos, nos obliguen a dudar de que ha podido decidir libremente la realización de la acción. Pues bien, es aquí donde entra la *capacidad normal de motivación por la norma* como criterio básico para trazar esa diferenciación en Derecho penal, el cual se justifica precisamente porque las normas de conducta son el instrumento con el que el Derecho se dirige al ciudadano. Pero lo fundamental es que no está en condiciones de "motivabilidad normal", de "asequibilidad normativa" (Roxin), no ha tenido capacidad para elegir libremente entre infringir o respetar la norma (entre realizar o no realizar la acción prohibida u ordenada), y es debido a ello por lo que no cabe atribuirle responsabilidad penal.

A ello dedicaremos el resto de la lección: al estudio de esas circunstancias especiales que impiden al sujeto responder al mensaje de la norma en condiciones normales y en virtud los que, por tanto, debemos negar la culpabilidad.

Lectura: *Sobre el fundamento de la culpabilidad*

Texto:

"Cuando existe dicha asequibilidad normativa partimos, sin poder ni pretender probarlo en el sentido del libre albedrío, de la idea de que el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma, y de que se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él. El indeterminista interpretará esta suposición de libertad como empíricamente acertada. Pero asimismo podrían aceptarla el agnóstico que se declara desconocedor de la existencia no del libre albedrío…y el determinista. Pues la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo – lo que precisamente no podemos saber- sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, se le trata como libre. La suposición de libertad es una "aserción normativa", una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría de conocimiento y de las ciencias naturales.

(…)

En la concepción aquí defendida, la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo. Es empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la asequibilidad normativa que con ella se produce…En cambio, se atribuye normativamente – en cualquier caso por quien no quiera comprometerse a una posición indeterminista- la posibilidad, derivada de esa constatación, de conducta conforme a Derecho".

Claus ROXIN, Derecho Penal. Parte General. Tomo I, pp. 808, 810.

4. LA INIMPUTABILIDAD

4.1. CONCEPTO. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD.

Independientemente de cuál sea el fundamento de la culpabilidad por el que queramos optar, para poder atribuir responsabilidad por lo realizado es requisito ineludible que el sujeto haya llevado a cabo su acción u omisión bajo determinadas condiciones psíquicas que permitan afirmar que, o bien podía haber actuado de otro modo, o bien había podido acceder al mensaje contenido en la norma y acomodado su conducta al mismo. Por ejemplo, la posibilidad de decidir actuar o de dejarse motivar por la norma distinta si quien actúa es una persona mayor de edad -de que quien puede presuponerse que ya ha alcanzado un grado razonable de madurez intelectual y emocional-, o si es menor de edad; si es una persona mentalmente sana a si quien actúa era un esquizofrénico; etc.

Expresado en los términos de la teoría del delito, requisito ineludible para afirmar la culpabilidad del autor por el hecho realizado es que sea imputable. Tradicionalmente, la imputabilidad venía definida como la capacidad de conocer y querer la realización el hecho. No obstante, tal concepción ha sido criticada por la doctrina mayoritaria actual, que considera, más correctamente, que la imputabilidad viene caracterizada por dos notas esenciales:

a) La capacidad de *comprender* lo injusto del hecho

b) La capacidad de *dirigir* la actuación conforme a dicha comprensión.

Lectura: Nociones básicas sobre la imputabilidad

Objetivo formativo: profundizar en la noción de imputabilidad

Texto:

"La culpabilidad supone, en primer lugar, un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones biopsíquicas que le permitan conocer la ilicitud o ilicitud de sus acciones u omisiones y obrar conforme a ese conocimiento. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad es, por ello, un presupuesto de la culpabilidad.

(…)

En la ciencia del derecho penal española solía definirse la imputabilidad, por influencia de la ciencia del Derecho penal italiana, como capacidad de entender y de querer. Esta noción es dogmáticamente insostenible, sin embargo, pues si fal-

taba en el sujeto, por completo, la capacidad de entender y de querer, quedarían excluidas la acción o la omisión como primer elemento del concepto del delito. Me parece más acertado, por ello, el concepto de imputabilidad como capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de obrar conforme a ese conocimiento, que inspira los artículos 20 y 21 del Código Penal alemán, y la regulación de las eximentes de anomalía o alteración psíquica y de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras que produzcan efectos análogos o de hallarse bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, de os números 1° y 2° del art. 20 de nuestro nuevo Código Penal.

Por lo que respecta al concepto intelectual de la imputabilidad, no se trata de conocer la ilicitud penal o la punibilidad de la acción o la omisión, sino únicamente su ilicitud. No es preciso que el sujeto pueda conocer los preceptos legales, sino únicamente si su acción o su omisión son contrarias al orden de la comunidad. No basta, sin embargo, la capacidad de comprender el desvalor ético-social o lo injusto material.

Mir Puig rechaza el concepto de imputabilidad de la opinión dominante, como capacidad de conocer el carácter ilícito de la conducta y de obrar conforme a ese conocimiento, por estimar que se basa en la concepción de la culpabilidad como capacidad de obrar de otro modo y considera que la imputabilidad es la normalidad psíquica, que hace posible una motivación normal. Para Muñoz Conde, que parte también de una crítica de la concepción material de la culpabilidad de la opinión dominante, la imputabilidad es, simplemente, la capacidad de motivación por la norma".

CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, III*, pp. 51 y 52.

Como puede apreciarse de la lectura del autor español citado, y según habíamos adelantado, la concreción de la definición y de los elementos integrantes de la inimputabilidad dependerá en gran medida de cuál sea el concepto material de culpabilidad que se maneja. Así, quienes opten por un fundamento basado en el libro albedrío optarán por una comprensión de la imputabilidad basada en la capacidad de libre actuación y de libre decisión acerca de la infracción de la norma que determina la ilicitud de la conducta. En cambio, quienes adopten un fundamento basado en los fines preventivo-generales de la pena, delimitarán la imputabilidad a partir del conjunto de circunstancias psíquicas que permiten al sujeto acceder al mensaje normativo y motivarse por la prohibición o el mandato contenido en la norma.

En cualquier caso, y sin entrar en matizaciones que no serían procedentes en una lección general sobre esta materia, en lo esencial ambas concepciones parten de

los mismos criterios para afirmar la imputabilidad, entendiendo que lo fundamental para poder afirmar la capacidad de culpabilidad es que el agente, como destinatario de la norma penal, se halle en una situación de normalidad psíquica suficiente para poder comprender el significado de dicha norma y, con ello, de poder acomodar su conducta a lo prescrito por ella.

Dicho esto, lo importante es concretar cuáles son los casos en los que no concurra esa "normalidad" y debamos considerar que el autor de un hecho antijurídico carece de capacidad de culpabilidad. Como resalta Mir Puig, "el concepto de "normalidad" es relativo y depende no tanto de consideraciones estadísticas como de lo que en cada momento histórico-cultural se considera como "normal"; no se trata de un concepto naturalístico, sino normativo o cultural. Cada Código Penal viene, por otra parte, a reflejar una determinada concepción acerca de dicha "normalidad". En términos generales cabe advertir una evolución histórica que supone una progresiva ampliación del ámbito de las causas de inimputabilidad. En épocas históricas anteriores los enfermos mentales respondían penalmente, y hasta hace poco la edad límite de la mayoría de edad penal se fijaba muy por debajo de la actual"[9].

4.2. SUPUESTOS DE INIMPUTABILIDAD

4.2.1. Introducción. Regulación en el Código Penal

Como acabamos de afirmar, existe consenso en la actualidad en determinar el concepto de la imputabilidad penal a partir de dos elementos básicos:

a) La capacidad de *comprender* lo injusto del hecho

b) La capacidad de *dirigir* la actuación conforme a dicha comprensión.

El primer elemento exige que para atribuir responsabilidad penal por un hecho el sujeto agente haya sido capaz de comprender el significado antijurídico del hecho; a sensu contrario, faltará ese requisito cuando la capacidad mental del sujeto le impida acceder a ese significado. Por su parte, la capacidad de dirigir su actuación con arreglo a ese conocimiento presupone un poder de autocontrol del agente con relación a su actuar. Este último elemento faltará siempre que esté ausente el primero, por cuando, obviamente, sólo cuando se ha adquirido la comprensión de la antijuridicidad del hecho cabe acomodar la conducta con arreglo a tal comprensión; pero cabe que se dé el primer elemento y, sin embargo, el sujeto no tenga capacidad para controlar su actuación; así, por ejemplo, ante algunos casos de enfermedades como la esquizofrenia.

9 MIR PUIG, Derecho penal. Parte General, p. 559.

Tales condiciones –que determinarán lo que hemos denominado capacidad de culpabilidad, en tanto constituyen presupuestos para la imputación de responsabilidad penal – presuponen con carácter general un cierto grado de desarrollo y madurez intelectual, así como ciertas condiciones psíquicas mínimas, que los Códigos Penales suelen reflejar, por lo general, no tanto a partir de una definición de lo que haya de ser la imputabilidad, sino a partir de un catálogo de circunstancias eximentes o atenuantes relativas a tales condiciones intelectuales y psíquicas, a partir de las que modular la culpabilidad del sujeto. Por ello, para determinar los supuestos de inimputabilidad es obligado atender a lo establecido por el Legislador penal.

En el Código Penal vigente en la República Dominicana la regulación de la inimputabilidad se estructura en torno a dos grandes bloques: los casos de "demencia", de una parte (art. 64), y la minoría de edad, de otra (art. 66 y ss.).

Lectura: La regulación de la inimputabilidad en el Código penal

Objetivo formativo: Formas alternativas de regulación de la inimputabilidad en el Derecho positivo

Texto:

Antes de entrar en la legislación dominicana, puede ser útil introducir algunos ejemplos de regulación de la inimputabilidad.

El Código Penal italiano dispone, en su artículo 85, que "nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si, en el momento de cometerlo, no era imputable", definiendo la imputabilidad como la "capacidad de entender y de querer", y considerando que "no es imputable el que, en el momento de cometer el hecho, estaba, por enfermedad, en tal estado mental que excluía la capacidad de entender o de querer" (art. 88).

Por su parte, el Código Penal portugués establece en su artículo 20 ("imputabilidad por razón de anomalía psíquica") que: 1. "Es inimputable el que, a causa de una anomalía psíquica, fuera incapaz, en el momento de cometer el hecho, de valorar la ilicitud de éste o de determinarse de acuerdo con esa valoración"; 2. "Puede ser declarado inimputable el que, por causa de una anomalía psíquica grave, no accidental, y cuyos efectos no domina, sin que por ello pueda ser censurado, tuviere, en el momento de cometer el hecho, la capacidad de valorar la ilicitud de éste o para determinarse de acuerdo con esa valoración sensiblemente disminuida". 3. "La comprobada incapacidad del agente para ser influenciado por las penas puede constituir un indicio de la situación prevista en el número anterior".

El código Penal español se establece el catálogo de eximentes en su artículo 20, de las cuales las tres primeras abarcan supuestos de inimputabilidad:

Estará exento de responsabilidad penal:

1. "El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión".

2. "El que al tiempo de cometer la infracción se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión".

3. "El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad".

Afirma Cerezo que en la regulación de las causas de inimputabilidad basadas en una enfermedad, anomalía o trastorno mental suelen adoptarse en los códigos penales tres tipos de fórmulas: psiquiátricas o biológicas, psicológicas y psiquiátrico-psicológicas. En las primeras (psiquiátricas o biológicas) se hace referencia únicamente a la anomalía, la enfermedad o el trastorno mental, sin aludir a los efectos psicológicos en la conciencia o voluntad del sujeto, o en su capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de obrar conforme a ese conocimiento. Por su parte, las psicológicas harían mención sólo al estado de inconsciencia o anulación de la voluntad del sujeto, independientemente de la causa que lo hubiese provocado.

Y en las teorías mixtas (psiquiátrico-psicológicas o biopsicológicas) se hace referencia a una enfermedad, anomalía o trastorno mental, pero se exige que, como consecuencia de ello, el sujeto se hubiera visto privado de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a tal conocimiento[10].

Partiendo de esa clasificación, podemos afirmar que el Código Penal español adopta una fórmula mixta, en la medida en que introduce tanto la causa biológica-psiquiátrica como el efecto en la capacidad de culpabilidad; mientras que el Código Penal dominicano, dada la antigüedad de la regulación, acoge una fórmula biológica pura, apelando únicamente a la causa –"estado de demencia"-, y sin concretar cuáles han de ser las consecuencias penalmente relevantes de la misma, a los efectos de la capacidad de culpabilidad.

11 Lo afirmado en absoluto entra en colisión con lo dispuesto en el art. 65 CP. Éste dispone que no podrán aplicarse otras eximentes o atenuantes que las establecidas legalmente; esto es, que no cabe una aplicación analógica (que vaya más allá del sentido literal posible, que delimita el marco de la legalidad penal). Lo que en el texto se dice es que cabe forzar más la interpretación cuando es pro reo que contra reo, pero sin salir del marco del sentido literal posible.

Como acabamos de ver, el Código Penal dominicano no introduce un catálogo de circunstancias a partir de las que poder concluir que estamos ante supuestos de "demencia", exentos de culpabilidad. Debido a ello, puede ser razonable que nos sirvamos de los criterios manejados por otros legisladores como vehículo para interpretar el art. 64 y, con ello, delimitar el alcance de su aplicación. La cuestión de si todas o algunas de estas circunstancias, tal como inmediatamente serán desarrolladas, tienen cabida en el vano concepto de "demencia" ha de quedar soslayada de estas consideraciones; en cualquier caso, debe tenerse muy presente que, como regla general, los límites a la interpretación – esto es, los límites al principio de legalidad penal- pueden ser mucho más laxos cuando la misma se realiza a *favor del reo*[11] (como es el caso, en el que estamos planteando los límites de aplicación de circunstancias eximentes) que cuando se realiza contra reo . Teniendo esto en mente, pasemos a un breve análisis de tales circunstancias.

4.2.2. Anomalía psíquica y trastorno mental transitorio

Tradicionalmente, los supuestos de eximentes por inimputabilidad vinculados con enfermedades mentales solían venir caracterizados por los legisladores penales bajo términos como "demencia" o "enajenación mental". Tales términos permitían englobar, sin lugar a dudas, casos de enfermedades mentales en sentido estricto – psicosis, esquizofrenias-, pero no alcanzaba a las oligofrenias, que se caracterizan por suponer sólo un grado de inteligencia inferior al normal. No obstante, resalta Mir Puig que la doctrina y la jurisprudencia (española) ha venido siempre admitiendo que las oligofrenias profundas merecían la exención plena de responsabilidad penal, y las incluyó en el término "enajenado" que figuraba en el Código Penal español hoy derogado[12].

Por ello, resulta más indicado emplear la expresión más genérica de "anomalía psíquica"; en cualquier caso, la experiencia española muestra que el principio de legalidad no tendría por qué suponer un obstáculo infranqueable para dar una interpretación amplia del término "demencia" empleado por el legislador dominicano, en aras de incluir estos y otros supuestos que no puede caracterizarse estrictamente como enfermedad mental.

Siguiendo al autor citado, podemos caracterizar brevemente los supuestos de inimputabilidad por anomalía psíquica en los siguientes términos.

Bajo las anomalías psíquicas podemos entonces distinguir:

• *psicosis*, como enfermedad mental en sentido estricto, dentro de la que se englobarían:

- la esquizofrenia
- la paranoia
- la psicosis maniaco-depresiva
- las epilepsias

12 MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, p. 557.

• *oligofrenias*, que suponen un déficit de inteligencia generada por una detención del proceso de desarrollo del cerebro durante los primeros años de vida, dentro de las que suelen distinguirse grados de intensidad (debilidad mental, imbecilidad e idiocia).

• *Psicopatías*, consistentes en anomalías del carácter, que dan lugar a un acentuado desequilibrio entre los diversos patrones de la personalidad (instintos, sentimientos, emociones, voluntad, etc.). Afirma Mir Puig que esta anomalía es la que a efectos de valoración penal presenta más problemas, por cuanto no conllevan un déficit en la capacidad de comprensión del ilícito, ni tampoco a la capacidad de decisión o voluntad, sino únicamente a la afectividad, consistente en ocasiones en una absoluta ausencia de frenos morales.

• *Neurosis*, que constituyen reacciones extremas frente a una situación concreta.

Ciertamente, todas estas modalidades de "anormalidad psíquica" pueden presentarse en diferentes grados de intensidad, dependiendo entonces de cada caso concreto – y especialmente en virtud del estudio del mismo por un especialista- la aplicación o no de la eximente. Qué duda cabe que en el este ámbito la teoría del delito es tributaria de los conocimientos especializados proporcionados por otras ciencias, por lo que no resultaría procedente abundar aquí sobre tales especificaciones técnicas.

Por lo que respecta al *trastorno mental transitorio*, estaremos ante una diferente causa biológica que ante supuestos de anomalía psíquica, si bien en cualquier caso lo fundamental será, en ambos casos, que sobre la persona que los sufre generen, en el momento de realización del hecho, una situación de incapacidad de culpabilidad; esto es, y como habíamos ya afirmado, la incapacidad de comprender la relevancia del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión, no pudiendo, con ello, ser motivado por las normas penales en citación de normalidad.

En este sentido, la única característica relevante que, en el plano penal, diferenciaría al trastorno mental transitorio con respecto a las anomalías psíquicas es, como su propio nombre indica, su duración, estando en estos casos ante episodios temporales o puntuales. Tradicionalmente se ha venido considerando que una característica inherente al trastorno mental transitorio era que debía proceder de causas exógenas, es decir, la que no consiste en una enfermedad o característica interna del sujeto, sino que surge de alguna situación externa o ambiental. No obstante, en la actualidad es mayoritaria la opinión que rechaza esa conclusión, sin que, por el contrario, tampoco sea necesario que el trastorno mental tenga una base patológica – esto es, que pueda, de modo más o menos directo, reconducirse a una

base endógena. Ciertamente, aquellas personas afectadas por diversas patologías pueden ser más sensibles a sufrir una alteración de la conciencia ante situaciones emocionales extremas, por ejemplo, pero ello no debe erigirse en requisito inherente a esta modalidad de la inimputabilidad[13].

En realidad, y máxime en el ámbito del derecho dominicano, donde no existe una noción de "trastorno mental transitorio" acuñada por el derecho positivo, lo determinante, independientemente de las causas, exógenas o endógenas, es que pueda afirmarse en el caso concreto una situación mental del sujeto tal que le haya impedido guiarse por la norma y dirigir su actuación en relación con el mensaje prescriptivo.

4.2.3. Intoxicación plena por alcohol u otras drogas

Un supuesto específico de trastorno mental transitorio puede ser el derivado de la embriaguez plena derivada de la ingesta de alcohol u otras drogas, o bien la situación padecida por un sujeto bajo un síndrome de abstinencia de determinadas drogas. En cualquier caso, puede ser analizado de modo independiente por constituir, criminológicamente, un fenómeno más habitual que otros supuestos de trastorno mental[14].

Los supuestos de embriaguez suelen clasificarse en letárgica, plena, semiplena o productora de simple excitación. La primera de ellas, la letárgica, supone un estado de práctica inconsciencia que excluiría ya la capacidad de acción. La embriaguez plena produce una perturbación total de la conciencia que ha de excluir la inimputabilidad, mientras que la semiplena no alcanzaría ese efecto eximente.

En ocasiones pueden producirse supuestos límite con el supuestos de inimputabilidad fundado en la anomalía psíquica, pues, como es sabido, el consumo masivo y continuado de alcohol u otras sustancias puede dar lugar a diversas formas de psicosis alcohólica; en estos casos, desde la regulación del Derecho penal dominicano la aplicación de la exención sería indudablemente más fácil, pues nos hallaríamos sin lugar a dudas en el campo de las "demencias"[15]. En cualquier caso, debe resaltarse una vez más la interpretación amplia que debe recibir el citado término legal. En este sentido, afirma con razón el autor dominicano Artagnan Pérez Méndez que "El Código se refiere a la palabra demencia con alcance amplio de toda enajenación mental, por lo que, en sí misma, la demencia no incluye a la embriaguez, pero, dada la estrechez con que se redactó el artículo 64 del Código Penal, nadie duda que un estado pleno de embriaguez debe asimilarse a la "demencia" y hace irresponsable a quien, bajo ese efecto, actúa delictivamente"[16].

13 Sobre ello, MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, p. 571-572.

14 De hecho, como ya hemos mencionado, el legislador español optó por otorgarle una regulación autónoma, considerándolo una eximente o, en su caso, atenuante específica.

15 Como pone de relieve CEREZO MIR, Derecho penal, cit., p. 78, en España el Tribunal Supremo es partidario de aplicar en esos casos la eximente de anomalía o alteración psíquica.

16 Artagnan PÉREZ MÉNDEZ, Código Penal dominicano anotado, tomo I, 1996, p. 603.

4.3. LA INIMPUTABILIDAD PROVOCADA: LA DOCTRINA DE LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

Un requisito básico para que tanto la embriaguez como las restantes causas de inimputabilidad susceptibles de ser causadas por el sujeto reciban un efecto eximente de la responsabilidad penal es, expresado genéricamente, que no hayan sido provocadas de propósito para delinquir. No obstante, tales supuestos deben distinguirse del caso, por lo demás el habitual en el ámbito de la embriaguez, en el que el sujeto se ha embriagado voluntariamente, porque ello, por sí solo, no basta para que estemos ante un supuesto de actio libera in causa. La diferencia básica es que mientras en éstos el sujeto, cuando se dispone a embriagarse (es decir, a ponerse, eventualmente, en situación de inimputabilidad), ya tiene que haber asumido con su dolo – o de modo imprudente - que va a cometer un delito en tal estado, en los casos de mera embriaguez voluntariamente producida, pero que sí pueden ser merecedores de la exención de pena, cuando el sujeto se emborracha o ingiere la droga no ha asumido ni siquiera con dolo eventual que en tal estado cometerá un delito.

Esa es la estructura que caracteriza a la actio libera in causa (alic, en adelante) dolosa: la existencia de un doble dolo, que acompañe a cada una de las dos acciones, la primera dirigida a generar la situación de inimputabilidad- o de ausencia de acción, en su caso-, y la segunda dirigida a realizar el delito. Así, el agente tiene que asumir tanto la autopuesta en una situación de ausencia de culpabilidad (primer dolo) como el hecho de que en ese estado realizará un hecho típico y antijurídico (segundo dolo).

Lectura: *Sobre la actio libera in causa*

Texto:

"Desde una concepción amplia, la *alic* puede definirse como el conjunto de situaciones en las que un sujeto lesiona (o intenta lesionar) un bien jurídico en un estado o situación que impide la imputación de responsabilidad penal (en sentido amplio), pero habiendo provocado él mismo, dolosa o imprudentemente, ese estado defectuoso. Dada esa provocación puede entonces afirmarse que, si bien la acción lesiva del bien jurídico no es *libera in actu*, sí es, en todo caso, libera in causa. Estructuralmente, entonces, este tipo de conductas presenta dos momentos diferenciables: primero, la actio praecedens, o "acción de provocación", con la que el sujeto provoca un estado o una situación "defectuosa" para la imputación de responsabilidad penal; y segundo, la actio posterior, o "acción defectuosa", con la que, inmerso en ese estado o situación, lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido. En todo caso, para estar ante un supuesto de alic, entre ambas conductas tiene que concurrir una vinculación de imputación subjetiva, estando

la realización de la acción de provocación orientada a la posterior lesión del bien jurídico por medio de la acción en estado defectuoso. La relación funcional entre ambas acciones se da, así, a partir del tipo subjetivo: de lo perseguido por el autor o, al menos, de lo que se representó o podía haberse representado".

ALCÁCER GUIRAO, R., Actio *libera in causa dolosa* e *imprudente*, p. 21

Junto a la modalidad dolosa, pueden también existir supuestos de alic imprudente, en los cuales el agente no se pone en situación de inimputabilidad con intención de cometer posteriormente un delito o asumiendo que lo hará, pero sí puede representarse en ese momento que ello tendrá lugar y aún así continúa, por ejemplo, bebiendo.

El problema que plantea la alic es que, en el momento en que el actor realiza los actos susceptibles de ser calificados como delictivos, se halla sumido en una situación de ausencia de culpabilidad, que impide la atribución de responsabilidad penal; pero resulta injusto eximirle de pena porque tal situación de falta de responsabilidad penal ha sido creada por el mismo sujeto con el fin de realizar el delito, o bien asumiendo que lo llevará a cabo, o al menos pudiendo representarse que así será. Se ha afirmado que la aplicación de la eximente constituiría un fraude de ley, porque el actor se aprovecharía de la existencia de una circunstancia eximente para poder delinquir impunemente. Es debido a ello, por lo que en algunos Código Penales – el español, entre ellos- se ha incorporado una cláusula expresa según la cual la circunstancia "no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión" (art. 20 CP español). Y por lo que la doctrina ha venido creando fórmulas tendentes a argumentar la no aplicación de la circunstancia eximente y la atribución de responsabilidad penal. En este sentido, mayoritariamente se opta por el criterio consistente en retrotraer a la acción previa, con la que se genera la situación de inimputabilidad, el momento al que debe remitirse la imputación de responsabilidad[17] .

Ejemplos:

Planteamiento:

- *Alic dolosa:* A tiene que matar a B por haberse comprometido a ello, y para darse ánimos y coraje se pone a beber hasta que se emborracha y cae en un estado de inimputabilidad. Una vez en ese estado, se acerca hasta done está B y le clava el cuchillo, produciéndole la muerte.

17 Es la llamada "solución de la tipicidad", que se opondría al sector que propone un "modelo de la excepción" para resolver el problema de la alic. Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Actio Libera in causa, cit., passim.

- Alic imprudente: A es esquizofrénico y sabe que si no toma la medicación puede caer en una fase de brote, caracterizada por pensamientos de agresividad y por el riesgo de cometer actos violentos contra terceros. A pesar de ello, opta por dejar de tomar la medicación durante varios días, hasta que pierde el sentido de la realidad y golpea repetidamente a un vecino.

Solución:

- En el primer caso, el problema que se plantea es que en el momento en que A realiza la acción típica, que da lugar al resultado de muerte, se halla en situación de ausencia de culpabilidad, por lo que, en rigor, no podría ser hecho responsable. No obstante, el hecho de que dicha situación haya sido creada dolosamente para producir el resultado lesivo permite atribuir el resultado y la responsabilidad penal por el mismo reconduciendo la imputación a la acción previa consistente en emborracharse con *el fin de matar.*
- En el segundo caso, en principio no podríamos hacer responsable a A por las lesiones producidas sobre su vecino, por cuanto las realizó en fase de brote esquizofrénico y, por tanto, en situación de "demencia" (art. 64 CP). No obstante, lo cierto es que podemos afirmar también que A *podía haber previsto* y, por tanto, *evitado*, las lesiones si hubiera tomado la mediación, porque las mismas eran previsibles en el momento previo en el que, estando en plenitud de sus facultades, decidió dejar de tomar la medicación. Por ello, podremos atribuirle responsabilidad imputando las lesiones a ese momento en el que el resultado era previsible y era capaz de culpabilidad.

4.4. LA MINORÍA DE EDAD

La minoría de edad como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal aparece regulada en los artículos 66 y siguientes del CP. No obstante, no viene configurada como exclusivamente eximente, sino que la exención de pena se hace depender de que el menor de edad "haya obrado sin discernimiento" (art. 66). En el caso de que no concurra ese requisito – cuya apreciación queda al arbitrio del juez -, esto es, que a pesar de la minoría de edad sí ha obrado con discernimiento, el artículo 67 establece un catálogo de penas atenuadas, a cumplir en una casa de corrección.

La regulación de la minoría de edad varía mucho de legislación en legislación, por lo que aquí sólo cabe ofrecer un panorama genérico de la misma en orden a destacar la relevancia que la misma puede conllevar en el sistema penal. Con carác-

ter general, puede decirse que factor común denominador de todas las legislaciones avanzadas es establecer un límite de edad a partir del que se acoge una presunción de inimputabilidad, por debajo del cual ya no resulta aplicable el sistema de sanciones ordinario, sino que, como un Derecho penal de los menores, entran en aplicación otras medidas, caracterizadas por una mayor vocación reeducadora y resocializadora. En este sentido, el CP, en su art. 68, introduce la labor de los tribunales correccionales como una jurisdicción específica para el enjuiciamiento de las causas que se formen contra los menores de dieciséis años, lo que debe interpretarse a la luz del Código Penal del Menor, promulgado en 1994[18]. Lo que, sin embargo, no aparece establecido de modo expreso en el CP es la edad mínima de responsabilidad penal, a partir de la que no cabe serles impuestas ni las penas ordinarias ni las que pueda imponer la jurisdicción de menores, por cuanto, a juicio de Artagnan Pérez Méndez, "el Código [de los menores] comprende a todos los menores, desde el nacimiento hasta los 18 años, considerando como niños y niñas a los menores hasta los 12 años y adolescentes de los trece años hasta los 18. Pero todos caen bajo la competencia de la Jurisdicción especializada, aun los menores de 8 años"[19].

A la hora de establecer la regulación de la minoría de edad, pugnan de una parte la seguridad jurídica, que aspira a delimitar de modo taxativo los límites entre la mayoría y la minoría de edad, y de otra el principio de igualdad de trato y a la postre el principio de culpabilidad mismo, que postularía acomodar las consecuencias penales de la minoría de edad en el caso según si la persona que actúa lo hace o no sin discernimiento. En cualquier caso, la trascendencia de una delimitación taxativa será mayor o menor según las consecuencias que vengan asociadas a los que quedan por debajo del límite establecido por el legislador penal: no será lo mismo si existe un sistema penal de menores, con sus particulares medidas (aun punitivas) de sanción y tratamiento, a si tal sistema no existe, caso en el que la diferencia entre la aplicación de la sanción penal y la completa absolución, se muestra radical.

> En ese mismo sentido se pronuncia, por ejemplo, Quintero Olivares: "los menores de edad componen un especial grupo de sujeto inimputables. Los Códigos Penal fijan una edad por debajo de la cual el sujeto autor es considerado inimputable, por lo tanto, incapaz de culpabilidad. Actualmente existe una áspera polémica sobre la cuestión del límite de edad. Antes de pronunciarnos sobre ella, es preciso advertir que el problema del límite no reside en sí mismo, sino en el tratamiento que se da antes y después de traspasarlo. Puede suceder, y así se comprueba en Códigos de países con alto grado de desarrollo cultural, que la mayoría de edad penal comience pronto a los ojos del jurista de otros

18 Sobre ello, Artagnan PÉREZ MÉNDEZ, Código Penal dominicano anotado, tomo I, 1996, p. 654 s.
19 Cit., p. 659.

países, olvidando que esa mayoría de edad sólo determina la aplicación del tratamiento penal específico para jóvenes y adolescentes. En cambio, en otras legislaciones la mayoría de edad implica de hecho pasar de niño a adulto sin etapas intermedias. Cuando es éste el planteamiento resulta comprensible el enconamiento que adopta la discusión sobre la edad, ya que puede no importar fijarla a los quince años, si se sabe que ese baremo de edad sólo supone un tratamiento juvenil, con sus correspondientes sanciones y medidas especiales, centros especiales, etc. Pero no es lo mimo si conlleva la aplicación de la pena clásica con, a lo sumo, la apreciación de una atenuante, como tradicionalmente venía ocurriendo hasta 1995 en el Derecho penal español"[20].

5. EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

5.1. PLANTEAMIENTO. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y REGULACIÓN LEGAL

A diferencia de otras instituciones de la teoría del delito, la del error de prohibición - o, dicho de otro modo, la exigencia del conocimiento de la prohibición como requisito para la culpabilidad y la condena penal- es de aparición relativamente reciente. En efecto, no es hasta mediados del siglo XX cuando la jurisprudencia y los legisladores de diversos países europeos comenzaron a implantar tal requisito (aun cuando la doctrina científica ya había venido solicitándolo desde bastante antes), abandonando la clásica teoría del *error iuris nocet,* según la cual "el error de Derecho perjudica" o, expresado en fórmula acuñada, la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento. Así, por poner un par de ejemplos representativos, en Alemania el Tribunal Supremo federal mantuvo la doctrina del *error iuris nocet* hasta el año 1952, en el que con la famosa Sentencia de 18 de marzo de 1952 asumió la insostenibilidad de la absoluta irrelevancia del error sobre la significación antijurídica del hecho[21]. De modo similar, en España el Tribunal Supremo mantuvo la teoría del *error iuris nocet* hasta mediados de los años sesenta, excepcionando de la irrelevancia penal del error únicamente el error extrapenal, esto es, cuando un error de Derecho versaba sobre preceptos de otros sectores del Ordenamiento jurídico[22].

20 QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal, 2000,* p. 559.

21 Esta Sentencia adquirió notable relevancia también por la segunda gran decisión que tomó, consistente en optar por la llamada teoría de la culpabilidad y la distinción, más moderna en la época, entre error de tipo y error de prohibición – frente a la clásica doctrina del dolo y a la distinción entre error de hecho y de Derecho -. Volveremos a continuación sobe tales nociones. Sobre esta resolución y la evolución del error de prohibición en Alemania, puede verse, pp. 27 ss.

22 Sobre la evolución en España, cfr. FELIP Y SABORIT, Error iuris, cit., 76. Por otra parte, como informa MOLINA FERNÁNDEZ, antijuridicidad penal y sistema del delito, 2001, p. 586, en ordenamiento jurídicos como los angloamericanos todavía no se reconoce el efecto eximente del error de derecho con carácter general.

El presupuesto de partida de esta línea jurisprudencial radicaba en el entendimiento de que los preceptos del Derecho penal era expresión fiel de la Ética social vigentes en la sociedad, por lo que un error sobre tales preceptos resultaba prácticamente inverosímil. Precisamente, uno de los argumentos manejados por el Tribunal Supremo alemán para abandonar el error iuris nocet fue que el Derecho penal de mediados del siglo XX ya se había expandido lo suficiente como para que muchas de sus normas ya no pudieran considerarse expresión de las convicciones morales de la sociedad.

Y si tardía fue la implantación del error de prohibición en la jurisprudencia, más aún tardó el legislador en plasmar la institución en los Códigos Penales. Así, por ejemplo, en España no fue hasta el año 1983 cuando se introdujo el error de prohibición en el Código como circunstancia eximente, en los siguientes términos: "la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal". Si el error es vencible se preveía una atenuación de la pena[23].

Dada la reciente implantación de la figura del error de prohibición, no es de extrañar que ningún rastro de ella aparezca en el CP dominicano, heredero directo del Código Penal francés napoleónico. Ciertamente, ello no obsta a que el mismo hubiera podido introducirse por vía de reforma parcial. Y lo cierto es que así ha sido, si bien no en el CP, sino en el Código Procesal penal, en cuyo art. 340, bajo el epígrafe del "perdón judicial", se ha incluido una referencia a la figura del error. Dispone el citado precepto que:

"En caso de circunstancias extraordinarias de atenuación el tribunal puede eximir de pena o reducirla incluso por debajo del mínimo legal, siempre que la pena imponible no supere los diez años de prisión, atendiendo a las siguientes razones:

(…)

El error del imputado en relación al objeto de la infracción o debido a su creencia de que su actuación era legal o permitida".

Como puede fácilmente apreciarse, la referencia al error sobre la creencia de que su actuación era legal o permitida remite directamente al error de prohibición. Como características más destacables de dicha regulación pueden mencionarse, en primer lugar, el amplio margen de arbitrio que se concede al juez para modular la pena, pues puede desde eximir completamente de pena, hasta no rebajarla en absoluto, aun dada la concurrencia del error (puesto que la tanto la exención como la reducción es facultativa: "podrá…"), pasando por la posibilidad de reducirla incluso por debajo del mínimo legal. En segundo lugar, es importante poner de relieve que la posibilidad de reducir o eximir de pena sólo viene contemplada para penas inferiores a diez años, lo que, a mi juicio, supone una limitación injustificada, que atenta contra el principio de culpabilidad. El problema que esa limitación presenta es, en esencia, que

23 A título ilustrativo, téngase presente que esa regulación se ha modificado en la actualidad, disponiendo el art. 14 CP español: "El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en grado".

la regulación en tales términos del error de prohibición por el Código Procesal penal puede venir a cercenar la posibilidad de que de modo supralegal los jueces puedan eximir de pena, por ausencia de culpabilidad, cuando se presente un supuesto de error de prohibición.

5.2. CONCEPTO, TERMINOLOGÍA Y CLASES

El error de prohibición consiste en el desconocimiento, inevitable o evitable, de la ilicitud penal de la conducta; expresado en otros términos, actuará bajo un error de prohibición aquél que tenga la creencia errónea de que la conducta que realiza no está sancionada por las leyes penales. El error de prohibición pleno – *invencible,* no evitable- excluye la culpabilidad penal. Esta afirmación puede fundamentarse por diferentes vías, según cuál sea el concepto de culpabilidad que se sostenga. Baste con afirmar que si el fundamento de la culpabilidad radica en la capacidad de motivación normal por las normas de conducta, requisito para la culpabilidad será el conocimiento previo de las mismas por parte de su destinatario, pues solo entonces podremos concluir que la persona había tenido la posibilidad de acceder al mensaje normativo. Pero también los defensores de un fundamento basado en el libre albedrío tienen razones para defender el error de prohibición como requisito de la culpabilidad, pues quien desconoce la norma carece de la posibilidad de haber actuado de otro modo, en cuanto que desconocía las consecuencias de las opciones a tomar.

Por su parte, esas mismas razones justificarían que el error de prohibición vencible, si bien no excluiría la culpabilidad –porque con una diligencia mínima o media podría el agente haber salido de su error-, sí permitiría reducir el grado de reprochabilidad y, por tanto, de respuesta penal a la acción realizada bajo ese déficit de conocimiento.

En lo tocante a la terminología, en la actualidad es mayoritaria la delimitación entre las figuras de error de tipo y error de prohibición, estando prácticamente abandonada la clasificación tradicional entre el error de hecho y el error de derecho. Se afirma que esta última clasificación puede inducir a error respecto del objeto de la delimitación, por cuanto no todo error que verse "sobre el Derecho" tiene que ser, por ello, un error de prohibición. Así, sabido es que los tipos legales poseen tanto elementos descriptivos como elementos normativos, y que para acceder al significado de éstos es preciso, muchas veces, acudir a otras normas jurídicas extrapenales – así, por ejemplo, las nociones de "amenidad", "funcionario", etc-[24]. No obstante, ello no implica que todo error referido a tales elementos normativos sea - y deba ser tratado como un error de prohibición[25].

24 Sobre ello, vid. la Lección tercera, en relación con lo afirmado sobre el error de tipo ante elementos normativos.
25 En este sentido, MIR PUIG, PG, p. 535

A continuación abordaremos el estudio del error de prohibición distinguiendo dos supuestos:

- El error de prohibición "directo", caso en el que el autor considera que la conducta es acorde a Derecho por desconocer la existencia o alcance de una norma, creyendo o bien que no existe en absoluto una norma que le prohíba realizar su conducta o bien que la norma existente no abarca supuestos de esa índole.
- El error de prohibición "indirecto", en el que el autor conoce la existencia de una norma prohibitiva pero cree erróneamente que en el caso concreto concurre una norma de carácter permisivo que justifica su conducta, ya por creer que existe una causa de justificación objetivamente inexistente, ya por errar sobre los límites de aplicación una causa de justificación existente.

5.3. TEORÍAS SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN

5.3.1. Teoría del dolo

La doctrina del *error iuris nocet* – o error iuris non excusat – había sido ya rechazada por la doctrina con antelación a su abandono por la jurisdicción y el legislador, defendiendo la llamada "teoría del dolo". Según esta concepción, defendida por la doctrina más antigua y por tanto bajo la sistemática causalista, la conciencia de la antijuridicidad formaría parte del dolo, entendido éste como un *dolus malus*, que estaría ubicado en la categoría de la culpabilidad y abarcaría no solo el conocimiento de los elementos del tipo, sino asimismo el conocimiento de la prohibición. Así, un error de prohibición excluiría el dolo, y con él la culpabilidad, y si fuera vencible se trataría desde los parámetros de la imprudencia. En otras palabras, y como resalta Mir, la naturaleza dogmática del error de prohibición coincide, según esta concepción, con la del error de tipo, por cuanto ambas formas de error excluyen el dolo y reciben, por tanto, idéntico tratamiento[26].

5.3.2. Teoría de la culpabilidad

Con la introducción de la sistemática finalista, auspiciada por Hans Welzel, el dolo pasaría a concebirse como un dolo neutro, reduciéndose su contenido al conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo penal y quedando excluido del mismo, por tanto, el conocimiento de la antijuridicidad. Con ello se operaba una modificación sistemática crucial, y que aún perdura: el dolo pasa a la categoría de la tipicidad, pero el conocimiento de la prohibición no "viaja" con el dolo, sino que, permaneciendo en la categoría de la culpabilidad, pasa a convertirse en una exigencia autónoma de

26 MIR PUIG, PG, *cit.*, p. 535.

la misma. Desde el análisis de este elemento, ello dio lugar a la "teoría de la culpabilidad", que conllevaría también la propuesta de adoptar la diferenciación entre "error de tipo" y "error de prohibición", no sólo a efectos puramente terminológicos, sino derivándose un distinto tratamiento penal para ambas modalidades de error. Desde esta perspectiva, el error de prohibición no excluye el dolo, sino solo la culpabilidad, y la vencibilidad del error no es, entonces, equivalente a una imprudencia, sino que conlleva una reducción de la culpabilidad y, por tanto, de la pena del delito doloso[27].

Desde esta concepción, también el error "indirecto" constituye un error de prohibición, ya se produzca sobre la existencia de la causa de justificación, ya en relación con los presupuestos fácticos de la misma.

5.3.3. La teoría restringida de la culpabilidad. Referencia al error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación (error indirecto)

Frente a la anterior concepción – que podríamos denominar como teoría "pura" o estricta" de la culpabilidad- un sector doctrinal, aun aceptando sus postulados básicos, modificó alguno de sus extremos, proponiendo una "teoría restringida de la culpabilidad". La diferencia esencial entre ambas radica en el tratamiento del error indirecto, considerando la teoría restringida que el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación no constituye un error de prohibición, sino que es un error de tipo, o bien que, en todo caso, debe ser tratado como tal.

Como afirma Cerezo Mir: "En definitiva, la diferencia entre la teoría de la culpabilidad pura y la restringida radica en el tratamiento del error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación. Según la teoría pura o estricta de la culpabilidad se trata de un error de prohibición; si es vencible se atenúa la pena del delito doloso y si es invencible exime de responsabilidad penal. Según la teoría restringida de la culpabilidad se trata de un error sobre un elemento –negativo- del tipo o debe tratarse como si lo fuera; si es vencible estamos ante un delito imprudente, o debe aplicarse la pena de dicho delito y si es invencible exime de responsabilidad criminal"[28].

5.4. CONCRECIONES SOBRE EL ERROR INDIRECTO: EJEMPLOS Y POSTURAS DOCTRINALES

El error indirecto es aquél que se proyecta sobre la concurrencia en el caso concreto de una causa de justificación. Dicha creencia errónea puede venir dada por dos motivos distintos, que constituyen dos clases de error:

27 Sobre ello, vid. por ejemplo CEREZO MIR, Curso, cit., p. 121.
28 CEREZO MIR, Curso, cit., pp. 123-124.

- *"Error de permisión"*. El autor yerra sobre la existencia o alcance de una causa de justificación, creyendo que existe una causa de justificación objetivamente inexistente en el CP aplicable a su acción, o creyendo que una causa de justificación sí existente puede aplicarse a su caso por darle un alcance mayor del que objetivamente tiene.

Ejemplos:

a) A, policía, recibe la orden de su superior de torturar a un detenido hasta que confiese el delito del que es sospechoso. A obedece la orden y tortura al detenido, creyendo que existe una eximente de obediencia debida que justifica la práctica de torturas.

b) A da un puñetazo a B en el transcurso de una pelea. Cuando A ya se está alejando del lugar, B le persigue y golpea a A en la cabeza, creyendo que su acción viene amparada por una legítima defensa.

- *"Error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación"*. El autor cree erróneamente que en el caso concreto concurren los elementos de una causa de justificación objetivamente existente en el CP.

Ejemplo: A va caminando de noche por una zona de la ciudad en la que abundan los robos y los asaltos, cuando ve que por detrás de él se aproxima una persona con la cara cubierta y un palo alargado en la mano; cuando esta persona está justo detrás de él levanta el palo por encima de la cabeza de A, momento en que éste, creyendo que iba a ser objeto de una agresión, se da la vuelta y da un fuerte puñetazo a la persona, dejándola prácticamente inconsciente. A descubre después que era un vecino suyo que iba con prisa a casa abrigado por una bufanda y que se disponía a abrir su paraguas cuando fue golpeado por A.

Como ya hemos mencionado, según la teoría que se adopte, las soluciones pueden ser distintas:

- La teoría estricta de la culpabilidad sostiene que ambas clases de error indirecto constituyen errores de prohibición, y recibirán, por tanto, idéntico tratamiento.

- La teoría restringida de la culpabilidad diferencia según la clase de error: el error de permisión constituye un error de prohibición; en cambio, el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es un error de tipo, o, según un planteamiento muy similar, debe ser tratado como tal.

5.5. EL CONTENIDO DE LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD. DISTINCIÓN ENTRE EL ERROR VENCIBLE Y EL INVENCIBLE

¿Qué debemos entender cuando afirmamos que el agente deber tener conocimiento de la antijuridicidad de su conducta? Expresado inversamente: ¿cuándo afirmaremos que existe un error de prohibición? Comenzando por lo más obvio, indudable es que no constituye requisito de la conciencia de la prohibición que el sujeto conozca el concreto precepto del Código Penal, o la exacta regulación que en el mismo – o en otras leyes sectoriales – se establece. En palabras de Jescheck, "no es objeto de la conciencia del injusto el conocimiento del precepto jurídico lesionado o la punibilidad del hecho. Basta, más bien, con que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden social y que por esa razón ha sido prohibido jurídicamente. Con otras palabras, resulta suficiente el conocimiento de la antijuridicidad material, en el sentido del conocimiento según el profano"[29].

Para determinar la vencibilidad o invencibilidad del error es preciso atender a si el sujeto podía, con una diligencia mínima, haber salido del error. Suele, así, afirmarse que el criterio a emplear es preguntarse si una persona ideal situada en la posición del autor concreto y con idéntica capacidad mental y de representación de los valores jurídicos hubiese podido conocer la antijuridicidad de la conducta que se disponía a realizar. A su vez, para dar respuesta la interrogante hay que contemplar factores como si el sujeto actuó sumido en la duda de la ilicitud o si existían motivos para plantearse la posible ilicitud de su conducta, si pensó que la conducta podía ser contraria a la ética social – pues esto podía haber actuado como indicio de la ilicitud-, o si se desenvuelve la conducta en un ámbito social que el sujeto sabe o asume que podía estar regulada jurídicamente. A estos efectos, también la pertenencia del sujeto al sector social en el que se desenvuelve la actividad – máxime si es un sector especializado – será un elemento de ponderación para determinar la vencibilidad del error. Así, por ejemplo, será muy difícil apreciar un error, ni siquiera vencible, en un delito de cohecho o prevaricación realizado por un funcionario público.

Por otra parte, operan criterios similares a los que delimitan el error de tipo vencible e invencible, y, a su vez, el dolo y la imprudencia, según los hemos analizado en Lecciones anteriores. Así, el conocimiento *eventual* de la antijuridicidad será suficiente para negar un error de prohibición, por lo que en muchos supuestos en los cuales, a pesar de la existencia de una duda, el sujeto asuma la probabilidad de la existencia de la prohibición, podremos concluir el conocimiento de la ilicitud. Asimismo, manifiesta Cerezo que, de modo paralelo a la llamada *culpa por asunción,* podremos estar ante un error vencible aun cuando en el momento mismo de la acción el sujeto no pudo salir de su error, si previamente no había adquirido los conocimientos jurídicos imprescindibles para el desarrollo de la actividad que iba a desempeñar.

29 JESCHECK, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 4ª edición, 1993, p. 409-410.

Ciertamente, y como conclusión, cabe decir que por lo general son muy pocos los supuestos de error de prohibición invencible que se aprecian por los Tribunales. En este sentido, se ha afirmado que "en todos los supuestos en que la antijuridicidad del hecho resulta palmaria, y el autor es adulto y plenamente capaz de culpabilidad, se presupone la concurrencia del conocimiento del injusto" (Jescheck). En cualquier caso, no está de más enfatizar que el Derecho penal actual no encarna ya el conjunto de convicciones morales que conforman la ética social. De una parte, desde hace ya unos cuantos años el Derecho penal está siendo objeto de un imparable proceso inflacionario, abarcando ámbitos sociales tan dispares como el urbanismo, el Derecho penal económico o la protección de la propiedad intelectual; regulaciones que, además, proliferan –en muchos casos- en leyes sectoriales que hacen más difícil su seguimiento. De otra parte, existen sociedades dentro de las que, ya de modo tradicional o ya por nuevos flujos migratorios, conviven muy diferentes comunidades culturales, cada una con usos jurídicos en ocasiones muy diversos. Ambos factores, de crecimiento exponencial en la actualidad, impiden afirmar con la misma rotundidad que es prácticamente inverosímil la concurrencia de errores sobre la antijuridicidad del hecho.

Ello es particularmente relevante en algunos países americanos, en los cuales un nutrido grupo de población pertenece a una etnia dotada de muy arraigadas tradiciones culturales y normativas, y que rigen sus conductas a partir de normas particulares y diversas, en ocasiones, de las promulgadas por el Estado. Estos casos de "errores culturalmente condicionados" presentan una problemática específica que no puede ser abordada aquí; no obstante, cabe afirmar que las herramientas clásicas de la teoría del delito deben ser moduladas para responder a las particularidades que estos casos presentan. Como afirma Binder, "se suele tratar como un caso especial de error aquellos en los que un sujeto ha infringido una norma por cumplir otra propia de su cultura. Se ha pretendido englobar todos estos casos bajo la forma del error, porque se parte del supuesto de que en un Estado existe un solo sistema normativo y que los otros sistemas o son sistemas morales en sentido amplio o son simples manifestaciones culturales. Todavía más complejo es el supuesto, muy común en nuestra región, en el que el sujeto pertenece a un pueblo originario (mayas, quechuas, aymaras, guaraníes, mapuches, etc.) que tienen una organización política completa con su propio sistema normativo y judicial. En realidad, no todos son casos de error. Ello se ha tornado más claro cuando las convenciones internacionales y las propias normas fundamentales de la mayoría de los Estados de nuestra región han reconocido la existencia y virtualidad de esos sistemas políticos, normativos y judiciales, cada uno de ellos con sus propias características. La conformación del Estado como un Estado multicultural ha roto con la ficción del orden normativo[30].

30 BINDER, Introducción al Derecho penal, 2004, p. 237.

6. LA INEXIGIBILIDAD COMO ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD. LAS LLAMADAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN

6.1. PLANTEAMIENTO

Existe un amplio acuerdo en la doctrina actual en afirmar que la culpabilidad no se agota en los requisitos de la imputabilidad y el conocimiento de la prohibición, sino que, además, para poder afirmar la culpabilidad en el caso concreto y con ello atribuir responsabilidad personal al autor, es preciso que concurra una *situación de normal motivabilidad*. Expresado en otros términos: hasta el momento hemos contemplado circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal basadas ya en un déficit de capacidad psíquica de culpabilidad (por ejemplo, quien tiene una enfermedad mental o quien está bajo una embriaguez plena), ya en un déficit de conocimiento de la norma (error de prohibición). Pues bien, pueden existir supuestos en los cuales una situación exterior determinada afectará a la capacidad de decisión del respeto a la norma, esto es, a la capacidad del sujeto de ser motivado por la norma.

Algunos autores -Cerezo Mir, por ejemplo-, una vez establecida la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, establecen a estos efectos una diferenciación entre un elemento cognoscitivo de la reprochabilidad, bajo el que se incluiría el error de prohibición, y un elemento volitivo de la reprochabilidad, que es el que ahora nos ocupa, definido en los siguientes términos: "consiste en la exigibilidad de la obediencia al Derecho. Puede ocurrir que las circunstancias del caso concreto, de carácter excepcional, y la presión emocional a la que se vio sometido el sujeto hagan que no le fuera exigible obrar de otro modo, es decir conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico; en este caso la conducta dejaría de ser culpable"[31].

En efecto, el fundamento de las causas de exculpación radica en que ante una situación de anormalidad motivacional ante el mensaje de la norma no le es exigible al sujeto la conducta acorde a la misma. La diferencia con las restantes circunstancias de falta de culpabilidad es que en estos casos la causa de anormalidad no radica directamente en el sujeto –en su situación psíquica, o en su conocimiento- sino en la situación externa que le rodea. En un Derecho penal democrático, el Derecho no puede castigar conductas que van más allá de las exigibles a cualquier ciudadano, por lo que ante determinadas circunstancias excepcionales debe declarar como inexigibles conductas que nadie provisto de capacidades medias podría satisfacer. Expresado en una frase, la idea básica es que el Derecho penal no puede exigir conductas propias de héroes o santos[32].

31 BINDER, Introducción al Derecho penal, 2004, p. 237.
32 MIR PUIG, cit, p. 586.

6.2. REGULACIÓN EN LA LEY DOMINICANA

Al igual que sobre el error de prohibición, el CP dominicano no ha incorporado circunstancias de exculpación concretas, si bien sí cabe encontrar algunos supuestos si nos detenemos en el Código Procesal penal, concretamente en el ya citado art. 340, referido al perdón judicial. Dentro de los supuestos que menciona –y con las limitaciones de aplicación ya destacadas-, al menos los siguientes podrían considerarse causas de exculpación:

- La provocación del incidente por parte de la víctima o de otras personas;
- La participación del imputado en la comisión de la infracción bajo coacción, sin llegar a constituir una excusa legal absolutoria;
- La actuación del imputado motivada en el deseo de proveer las necesidades básicas de su familia o de sí mismo.

Por lo demás, el supuesto basado en "la ocurrencia de la infracción en circunstancias poco usuales" es tan genérico que, por supuesto, permitiría también incluir casos de inexigibilidad.

En cualquier caso, lo fundamental será la constatación en el caso concreto de que tales circunstancias fácticas: la provocación por terceras personas, la situación de coacción, etc., alcanzan un grado tal de intensidad que podamos concluir que han impedido al sujeto activo motivarse al respeto de la norma en situación de normalidad. Por ejemplo, en relación con la coacción ello dependerá de la intensidad de la misma, y del contenido de la amenaza con que se realiza la coacción.

Ejemplos:

1. A es obligado por una organización criminal a llevar un paquete con cocaína oculto en su maleta a Europa, bajo amenaza de que en caso contrario matarán a sus padres.

2. A, con la finalidad de sacar a su familia de la situación de pobreza en que se halla, contacta con una organización criminal, que ofrece una buena suma de dinero a cambio de llevar un paquete con cocaína oculto en su maleta a Europa.

En el primer caso, estaríamos sin lugar a dudas ante una situación de inexigibilidad que podría llegar a eximir de pena; en el segundo, sería mucho más discutible, por cuanto, por una parte, la persona no se enfrentaría sólo a la opción de realizar la acción antijurídica para evitar el riesgo que amenazaba a los suyos – tal como si ocurre en el primer caso-, sino que tendría otras opciones menos lesivas al Derecho para subvenir a esas necesidades. Por otra parte, el riesgo de causación de un mal a los suyos no es tan intenso y próximo como en el primer caso.

6.3. CAUSAS DE EXCULPACIÓN MÁS HABITUALES

Las causas de exculpación constituyen supuestos de inexigibilidad establecidas por el legislador. Como ya hemos visto, el legislador dominicano no ha incorporado causas de dicha índole en el Código Penal. No obstante, resulta imprescindible abordar el estudio de varias de las causas de exculpación asumidas en las legislaciones y la doctrina de países como Alemania y España, tanto de cara a una futura reforma de la legislación penal dominicana, como por la virtualidad que tales supuestos pueden tener para la interpretación del Derecho positivo – en concreto, del citado art. 340 del Código procesal penal- y para una eventual aplicación supralegal de las mismas.

Ceñiremos el estudio a dos de ellas: el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante.

6.3.1. Miedo insuperable

El miedo insuperable como causa de exculpación aparece recogida en el CP español considerando exento de pena al que "obre impulsado por un miedo insuperable". Si bien esta cuestión no es unánime, existiendo opiniones que van desde considerarlo una causa de justificación (Gimbernat) hasta un supuesto de inimputabilidad, es quizá mayoritaria en la doctrina española la opinión que lo aborda como una causa de exculpación o de no exigibilidad.

Ello implica que el foco de enjuiciamiento no debe proyectarse sobre los efectos anímicos o psicológicos que la causa del miedo hayan podido producir en el sujeto, sino de que se halla sometido a un mal objetivamente insuperable, para lo que deberá tomarse como medida el baremo de un ciudadano medio, y concluir que cualquiera que hubiera estado en una situación idéntica habría respondido de igual modo. Desde este punto de partida, no es difícil concluir que este criterio puede ser un trasunto de la causa de exención o atenuación de pena basada en la coacción que contempla el citado precepto del Código procesal penal, al menos en su grado de intensidad máxima: cuando como efecto de esa coacción surja una situación temor tal que, a partir un juicio objetivo, pudiera concluirse que cualquier persona sometida a la misma habría visto seriamente mermada su capacidad de motivación normal ante la norma.

Lectura: Sobre los criterios de aplicación de la circunstancia de miedo insuperable

Texto:

"Puesto que, como se ha visto, la presente eximente no debe entenderse como causa de inimputabilidad, el miedo no tiene por qué llegar a consistir en una

situación subjetiva cuya vivencia prive al sujeto de su lucidez o fuerza de voluntad, al modo de una especie de trastorno mental transitorio. Miedo no ha de entenderse como "terror". Basta que concurra un temor insuperable. Lo decisivo será, pues, el carácter insuperable o no de dicho temor. Será insuperable en sentido estricto, cuando no pueda superarse su presión motivadora ni dejarse, por tanto, de realizar bajo su efecto la conducta antijurídica. Pero, si no se admite el libre albedrío ni el "poder actuar de otro modo" como fundamento de la responsabilidad penal, habrá que buscar otro criterio que permita evitar la pregunta de si el sujeto podía o no superar el miedo y, por tanto, si podía actuar de otro modo. El Tribunal Supremo maneja un criterio que hace posible obviar esta cuestión cuando exige que el miedo sea de tal entidad que el hombre medio, "el común de los hombres" no lo hubiese resistido. Este punto de vista es admisible siempre que se sitúe al hombre medio en la posición del autor: imaginándolo en todos sus conocimientos y condiciones personales, físicas y mentales, salvo en aquello que pudiera privarle de la normalidad propia de criterio propia del hombre medio. Así, habría que preguntar si este *hombre medio* hubiera resistido al miedo caso de haber tenido la edad, sexo, la cultura, la experiencia, el oficio, etc. del autor, si lo hubiera hecho de haber conocido como éste la situación o de haberse producido el ataque por sorpresa, de noche, después de haberse producido una serie de atentados en aquella zona, etc. En cambio, no habrá que tener en cuenta característica patológicas del autor, como neurosis o psicopatías, que dan lugar a un miedo patológico ante circunstancias que el hombre normal lo superaría".

MIR PUIG, *Derecho penal,* cit., pp. 592-593.

6.3.2. Estado de necesidad exculpante

Como vimos en la Lección dedicada a la antijuridicidad penal, la concurrencia del estado de necesidad justificante presupone que el mal que se causa sea menor que el que se trata de evitar. La cuestión que inmediatamente surge es: ¿qué ocurre cuando, dándose el resto de las exigencias del estado de necesidad, el mal causado es igual, o incluso mayor, que el que se trata de evitar? ¿Qué ocurre cuando quien mata para salvar su vida? ¿o cuando alguien mata a otra persona para salvar su integridad sexual o su libertad?.

No pudiendo considerar tales acciones justificadas, y calificándolas, por tanto, como conductas típicas y antijurídicas, lo cierto es que en la realización de las mismas nos hallamos ante una situación de conflicto entre bienes jurídicos, y que por tanto no pueden recibir la misma respuesta penal que los casos en los que tal conflicto no

existe. Para dar respuesta a esta cuestión, por la doctrina ha venido planteándose la exención de pena, en muy determinadas circunstancias, bajo la figura del estado de necesidad exculpante; planteamiento que ha sido acogido por algunas legislaciones, como la alemana, que mientras en el parágrafo 34 del CP regula el estado de necesidad justificante (fundado en la ponderación de intereses y exigiendo mayor valor del interés salvado que el del lesionado), en el 35 afirma la exclusión de la culpabilidad cuando el sujeto *"en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada".*

Para la mayoría de la doctrina, el fundamento de la exención radica en que la pena no resulta necesaria en este grupo de casos, porque ante la situación de peligro de bienes jurídicos propios o de personas cercanas tan relevantes (vida, integridad física o libertad) la capacidad de motivación ante la norma se dificulta sobremanera, por lo que no resulta exigible el cumplimiento de lo prescrito por el Derecho ; si bien las posiciones se dividen entre quienes hacen más hincapié en la disminución de la capacidad de motivación del sujeto, y quienes enfatizan, desde los fines de la pena, razones de prevención. Exponente de esta última línea doctrina es Roxin, quien describe el fundamento de la exención en los siguientes términos: dado que en estos casos "no es imposible un efecto motivador de la norma, pero, en virtud del carácter excepcional de las circunstancias, a menudo tampoco sería esperable aunque se amenazara con pena, dado que además, debido a la poca frecuencia de estas situaciones, apenas existe una necesidad preventivo-general de intimidar a los demás, y dado que los autores de tales hechos tampoco precisan de intervención preventivo-especial, el castigo del infractor de la norma sería político-criminalmente inadecuado" .

Como requisitos para su aplicación se predican que el peligro que amenace a los bienes jurídicos sea inmediato y grave, y que no sea evitable de otro modo, y que no haya sido provocada por el autor, o que éste, dirigido hacia él el peligro, no tenga obligación especial de sacrificio.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R., *Actio libera in causa dolosa e imprudente*, ed. Atelier, Barcelona, 2004.
- ALCACER GUIRAO, *Prevención y garantías: conflicto y síntesis*, en: XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, 2002
- BINDER, A., *Introducción al Derecho penal*, Buenos Aires, 2004
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español, Parte General, III.* Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- FELIP Y SABORIT, D., Error iuris. *El conocimiento de la antijuridicidad y el at. 14 del Código Penal, ed. Atelier*, Barcelona, 2000.
- FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- GIMBERNAT, *El sistema de Derecho Penal en la actualidad, en: Gimbernat, Estudios de Derecho Penal,* (3ª edición), Ed. Tecnos, Madrid, 1990
- JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General (4ª edición)*, Ed. Comares, Granada, 1993.
- MELENDO PARDOS, M., *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, Ed. Comares, Granada, 2002.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General (6ª edición)*, Ed. Reppertor, Barcelona, 2002.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.

- PÉREZ MÉNDEZ, A., *Código Penal dominicano anotado. Disposiciones Preliminares tomo I y II,* República Dominicana, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal, Parte General, (2ª edición),* Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

TEMA 9

LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA PLURALIDAD DE DELITOS

Manuel Ulises Bonelly Vega
Juez de la Cámara Penal de la Corte de Apelación
República Dominicana.

1. TEORÍA GENERAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS
- 1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA
- 1.2 CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS Y TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN DEL HECHO CRIMINAL

2. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES
- 2.1 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES. NOCIONES GENERALES
- 2.2 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN EL DERECHO PENAL DOMINICANO.
- 2.3 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES OBJETIVAS Y SUBJETIVAS
- 2.4 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECIALES Y GENERALES.
- 2.5 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES LEGALES Y JUDICIALES.
- 2.6 LOS DIVERSOS TIPOS DE AGRAVANTES.
- 2.7 AGRAVANTES ESPECIALES
  - 2.7.1 Del homicidio
    - 2.7.1.1 Las relativas a la manera o medio empleado para cometerlo
    - 2.7.1.2 Las relativas a la calidad de la víctima o a su edad
  - 2.7.2 Del robo
    - 2.7.2.1 Las relativas al tiempo de comisión de la infracción
    - 2.7.1.2 Las relativas al lugar de comisión del ilícito
    - 2.7.1.3 Las relativas a la manera de comisión del robo
    - 2.7.1.4 Las relativas a la calidad de la víctima o del autor de la infracción
  - 2.7.3 De la estafa
  - 2.7.4 Del abuso de confianza

2.8 AGRAVANTES GENERALES

2.8.1 La calidad de funcionario público

2.8.2 La reincidencia.

3. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES. NOCIONES GENERALES.

3.1 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PROPIAMENTE DICHAS

3.1.1 Prohibición de aplicación de las circunstancias atenuantes

3.1.2 Efectos de las circunstancias atenuantes

3.2 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES ESPECIALES O EXCUSAS.

3.2.1 Diversos tipos de excusas

3.3 EFECTOS DE LAS ATENUANTES ESPECIALES O EXCUSAS.

3.4 DIFERENCIAS ENTRE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PROPIAMENTE DICHAS Y LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES ESPECIALES O EXCUSAS.

4. COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

4.1 COMUNICABILIDAD DE LAS ATENUANTES

4.2 COMUNICABILIDAD DE LAS AGRAVANTES

5. UNIDAD Y PLURALIDAD DE HECHOS

5.1 CONCURSO DE INFRACCIONES

5.2 CONCURSO DE LEYES Y EL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM

5.3 SISTEMA ADOPTADO POR EL CÓDIGO PENAL DOMINICANO

5.3.1 Consecuencias de la regla de no cúmulo o absorción de las penas

5.3.2 Excepciones a la regla del no cúmulo de penas

TEMA 9

LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA PLURALIDAD DE DELITOS.

1. TEORÍA GENERAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Resulta evidente que el estudio de las circunstancias que modifican la responsabilidad criminal debe realizarse mediante el examen de la legislación penal vigente. Tal examen debe ser realizado desde dos puntos de vista. En primer lugar, debe evaluarse el régimen de estas circunstancias, tomando en cuenta de manera principal la función, origen y sentido que ellas juegan dentro del marco general de nuestro sistema penal. Y en segundo término, el examen propuesto se debe hacer comprobando en cual medida cada circunstancia modificativa en particular, de las que hoy existen, tienen o mantienen el sentido que las inspiró o si ellas resisten el análisis concreto de nuestro sistema, tomando en cuenta, sobre todo, el análisis desde el plano sustantivo constitucional.

Lo anterior significa que el estudio que nos proponemos en el presente capítulo es más cercano a la realidad del Código Penal. Obviamente, el presente capítulo no pretende abandonar el plano dogmático, pues él resulta muy importante como marco general del "deber ser" en el tema abordado.

Independientemente de que el estudio de las circunstancias modificativas encuentra fundamento por sí mismo, no debe olvidarse que ellas juegan un rol muy importante en la determinación de la pena. En efecto, las circunstancias modificativas

resultan ser elementos de fundamental importancia en la medición del nivel de intensidad sancionadora. Se trata de circunstancias que completan, de manera accidental, la descripción de la conducta reprochable y que, en consecuencia, deben regirse según las reglas de la tipicidad en todo lo que tiene que ver con subsunción y la relación que debe existir entre el tipo objetivo y subjetivo.

1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal es conocida desde antes que existiera el derecho codificado. Sin embargo, es a partir de la codificación que las mismas surgen con igual alcance, definición, y características con que se conocen hoy.

De esta manera podemos distinguir nítidamente dos etapas bien diferentes de la historia acerca de dichas circunstancias, etapas en las que el significado y alcance de éstas varían de forma considerable.

La primera de las etapas se ubica en la época anterior al movimiento de codificación y, la segunda, después de que tuvo lugar tal movimiento, siendo la frontera que delimita estas dos etapas la Revolución Francesa.

En el mismo momento en que el mundo occidental vivía el Humanismo y cuando el denominado enciclopedismo se encontraba en pleno apogeo se genera un importante movimiento en contra del sistema de penas vigente. Más tarde, y tras la Declaración de los Derechos del Hombre surgida de la Revolución Francesa, se experimenta un importante giro en sus planteamientos. De esta manera, el Código Penal francés de 1791, establece un sistema de penas fijas, quedando prohibido que el juez pudiese modificarla ni que pudiese adecuarla a cada hecho en particular. De esta manera el juez pasó a ser "boca de la ley". Se pasa de un sistema que permitía al juez establecer de manera abierta y a su entero juicio la pena a un sistema totalmente opuesto en el que la sanción está previa y expresamente establecida por el texto de ley.

Este giro obedeció, en principio, a múltiples razones que van desde la desconfianza que se tenía en los jueces hasta una interpretación extrema del principio de igualdad ante la ley. Esta interpretación extrema constituye, sin duda, el principal fundamento del cambio. La idea que primó fue la de que si todos los hombres eran iguales, no era lícitamente sostenible castigar aquellos hechos que no hubiesen causado ningún daño a la sociedad y que aquellos hechos que causaren algún tipo de daño sólo eran sancionables con la pena necesaria. Por ello no se consideraba justo que la responsabilidad fuera una cuando la víctima se tratara de cierta persona y fuera otra si la víctima era distinta. De igual modo se pensó que no era justo imponer una determinada pena cuando el imputado se tratare de cierta persona e imponer una mayor o menor por el mero hecho de que el imputado fuere otro.

No obstante, esta corriente que abogaba por el principio de igualdad no perduró. Ya que para 1810 se instaura un nuevo Código Penal en Francia con una marcada influencia del pensamiento filosófico utilitarista expuesto por Benthan y que , puso fin al sistema de penas fijas consagrado en el anterior modelo. Este nuevo código establece un sistema, el cual permanece en nuestro código penal vigente, que puede considerarse ecléctico colocado entre el modelo arbitrario del antiguo régimen y el modelo rígido establecido en el Código de 1791. El modelo intermedio instaurado otorga facultad a los jueces para ponderar y fijar la pena, ajustándola a cada caso en específico, pero dentro de una escala mediante la cual el legislador establece un mínimo y un máximo para cada infracción. Además de esta posibilidad de que el juez se "mueva" dentro de una escala previamente determinada en la ley en este código, se incorporó la posibilidad de que el juez pudiese elevar o disminuir la sanción atendiendo a circunstancias modificativas según que el hecho imputado ocurriese bajo determinadas circunstancias.

Por ello se puede afirmar con propiedad que el surgimiento de las circunstancias modificativas se encuentra estrechamente relacionado con la corriente codificadora y de manera principal con la aparición del principio de igualdad.

Junto al hecho principal, que es el que permite que se realice una ponderación de la culpabilidad y de la antijuricidad y, desde el punto de vista valorativo, encontramos aspectos que dan lugar a la llamada teoría de las circunstancias modificativas.

Tales circunstancias son parte integrante del hecho, no obstante, la norma no le otorga igual valor que a los elementos principales o fundamentales del delito, es decir a los que constituyen el presupuesto. Esto obedece a que la naturaleza de las circunstancias modificativas es totalmente accidental ya que no incide en la sustancia de la infracción. Lo que quiere decir que ellas no contribuyen, en sí, a lesionar o a poner en peligro ningún bien jurídico.

Las circunstancias modificativas son elementos accidentales cuya ocurrencia puede verificarse o no.

2. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

Al momento de determinar la pena imponible a cada caso es necesario tener en cuenta dos aspectos básicos.

En primer lugar, es necesario tomar en cuenta la gravedad objetiva del hecho, y en segundo lugar, debe ponderarse la culpabilidad de la persona a quien se imputa dicho hecho. La ponderación de estos dos aspectos está a cargo de sendos funcionarios. El primero de ellos –la gravedad objetiva- está a cargo del legislador, ya que es éste quien establece las conductas consideradas como tipos penales, para lo cual toma en cuenta aspectos abstractos y objetivos, ya que, al momento de elaborar la ley no toma en cuenta un hecho específico y, sin embargo, decide y dispone la pena que corresponderá.

El segundo aspecto, o sea la apreciación de la culpabilidad del imputado, se encuentra a cargo del juez, pues es él quien conoce de los casos de manera particular y, él quien aplica la pena atendiendo a tales particularidades.

Así, nuestro sistema de penas es de carácter mixto porque el legislador tiene a cargo la determinación de la pena en su modalidad y duración máxima o mínima; y el juez, al momento de imponerla, tiene la facultad de decidir, previo juicio de la culpabilidad, cuál de ellas exactamente impondrá dentro de la escala previamente dispuesta por la norma.

El juez o tribunal, no obstante, tendrá la facultad de imponer una pena por debajo de la escala mínima (atenuantes) o una pena superior a la escala máxima (agravantes) siempre que la ley así lo autorice.

2.1 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES. NOCIONES GENERALES

Tal como se ha explicado anteriormente, en toda infracción pueden ser consideradas ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Cuando tales circunstancias inciden de modo tal que la pena se incrementa, se denomina circunstancias agravantes. Según la doctrina clásica las agravantes se definen como aquellos "hechos que, uniéndose a los elementos materiales o morales del delito, aumentan la criminalidad de la acción o la culpabilidad del autor"[249].

Las circunstancias agravantes son conocidas desde la antigüedad. En el derecho romano estaban vinculadas a los medios utilizados para llevar a cabo el hecho delictivo. De igual manera, se vinculaban al tiempo, al lugar, a la condición del autor o a la condición de la víctima; también se podían derivar de la reincidencia.

En el derecho germánico también existían agravantes vinculadas a la naturaleza de la paz violada[250]. En el derecho canónico, también encontramos ejemplos de agravantes tales como la premeditación y la reincidencia, así como aquellos vinculados con la condición del elemento activo de la infracción o la condición del elemento pasivo; y los relacionados con el carácter sagrado del derecho conculcado.

2.2 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN EL DERECHO PENAL DOMINICANO

En la mayor parte de la legislación penal extranjera encontramos un apartado –por lo general en el Código Penal- dedicado especialmente a enumerar, de manera general, las circunstancias agravantes[251]. En cambio, en el derecho penal dominicano tal y como en su modelo francés, existen agravantes de diversas naturaleza aunque

249 GARUAD, RENÉ ET PIERRE. Traité de Droit Penal Francais.
250 Vgr. La paz del rey, de la iglesia, del hogar, de la asamblea nacional, de los ejércitos, de los negocios, etc.
251 Tal es el caso del Código Penal Español.

ellas no se encuentran en ningún apartado especial –como si existe en el caso de las atenuantes- que se dedique a definirlas ni en el Código Penal, ni en ninguna ley especial. Estas circunstancias han sido establecidas de manera especial y con relación a ciertas y determinadas infracciones.

Nuestra legislación tampoco se ha encargado de elaborar ningún tipo de clasificación de las agravantes siendo labor exclusiva de la doctrina su división en categorías. De esta manera encontramos que las agravantes se clasifican en: a) circunstancias agravantes objetivas y subjetivas; b) circunstancias agravantes generales y especiales; y c) circunstancias agravantes legales y judiciales[252]. En la mayor parte de la legislación extranjera, sin embargo, la única clasificación conocida es la que distingue las agravantes entre objetivas y subjetivas.

2.3 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES OBJETIVAS Y SUBJETIVAS

La clasificación de las agravantes en objetivas y subjetivas ha sido objeto de amplia discusión en la doctrina española, donde algunos autores la incluyen dentro de un grupo y otros dentro del otro. Así, explican que se considera como objetiva aquella en la que es posible apreciar una mayor gravedad del daño producido por el ilícito o bien de la mayor facilidad de ejecución que supone una mayor desprotección del bien tutelado independientemente de que de ellas se deduzca o no una mayor reprochabilidad del sujeto. Se consideran subjetiva, en cambio, aquellas que no están relacionadas directamente con el hecho cometido, sino que el autor se ve reprochado con mayor pena por situaciones relacionadas con su persona o con circunstancias de su vida anterior.

La doctrina francesa y con ella la dominicana, empero, ha defendido la existencia de un modelo ecléctico al considerar que las circunstancias agravantes son subjetivas y objetivas a la vez, y que ello dependerá de que ellas se encuentren vinculadas a la materialidad del hecho o a la moralidad de la acción.

Se llama circunstancias agravantes objetivas a aquellas que se encuentran unidas a los elementos materiales de la infracción. Tal es el caso del robo cometido con pluralidad, nocturnidad, con escalamiento, con fractura o haciendo uso de armas, etc. que devienen en agravar el robo según las previsiones de los artículos del 381 al 385 del Código Penal. Estas circunstancias agravantes atienden a la manera, circunstancia y tiempo en que se comete el hecho.

Son circunstancias agravantes subjetivas, aquellas que se encuentran vinculadas a la culpabilidad del autor o que individualiza a quien comete la infracción (autor) o a quien le perjudica (víctima). Tal es el caso de la premeditación y la asechanza en el homicidio o en los golpes y heridas previstos en los artículos 296, 297 y 310 del Código Penal que son circunstancias vinculadas a la culpabilidad del autor. Por otro

252 RAMOS, LEONCIO. Notas de Derecho Penal Dominicano.

lado, encontramos agravantes que individualizan al autor por encontrarse relacionado mediante lazos de consanguinidad con la víctima, como es el caso del parricidio o del incesto y circunstancias que agravan el hecho por la calidad de la víctima, como ocurre con la violación cometida en perjuicio de personas especialmente vulnerables (niños, ancianos, mujeres embarazadas, etc.).

2.4 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECIALES Y GENERALES.

Las agravantes especiales son aquellas que solamente recaen sobre determinados o algunos tipos penales, tal como la calidad de empleado o asalariado en el robo cuya víctima es el patrón o empleador del imputado. Por su parte, las agravantes generales son aquellas que recaen sobre cualquier tipo penal como ocurre con la reincidencia y la condición de funcionario público.

2.5 LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES LEGALES Y JUDICIALES

La tercera clasificación hecha por la doctrina a las circunstancias agravantes es la que las divide en legales y judiciales. Las agravantes legales son aquellas que se encuentran contenidas de manera expresa en el texto de ley; por su parte, las agravantes judiciales son aquellas que son impuestas por el juez al momento de juzgar el hecho. En nuestro sistema penal las agravantes judiciales no existen y sólo pueden aplicarse aquellas contenidas en la ley.

2.6 LOS DIVERSOS TIPOS DE AGRAVANTES

Ya hemos dicho que las agravantes en la legislación dominicana no están reglamentadas de manera general como sí lo están las atenuantes y que las mismas se encuentran estipuladas de manera particular en cada tipo penal. Así veremos de manera sucesiva algunos ejemplos de las más relevantes agravantes según cada una de las más importantes infracciones contenidas en el Código Penal.

2.7 AGRAVANTES ESPECIALES

2.7.1 Del homicidio

El homicidio se agrava en nuestra legislación fundamentalmente por varias situaciones que pueden ser agrupadas en dos conjuntos, a saber: 1) la manera o medio empleado para cometerlo; 2) la calidad de la víctima o por su edad.

2.7.1.1 Las relativas a la manera o medio empleado para cometerlo

Dentro de esta categoría encontramos como agravante la asechanza y la premeditación, que convierten el homicidio simple en un asesinato y que se sanciona con mayor pena (arts. 295, 297, 298 y 302 del Código Penal). También entra dentro de esta clasificación el homicidio cometido con el empleo de venenos o sustancias tóxicas denominado "envenenamiento" (arts. 301 y 302 del Código Penal).

2.7.1.2 Las relativas a la calidad de la víctima o a su edad

Dentro de estas agravantes encontramos la del homicidio cometido por un hijo en contra de sus padres u otros ascendientes que se denomina parricidio (art. 299 y 302 del Código Penal). Igualmente entra dentro de la presente clasificación el homicidio cometido en la persona del presidente de la República (Art. 295 y 304 Párrafo I del Código Penal). En lo relativo a la agravante por la edad de la víctima encontramos la del infanticidio (art. 300 y 302 del Código Penal).

2.7.2 Del robo

Las agravantes del robo son diversas. Algunas tienen que ver con el tiempo de comisión de la infracción, otras se encuentran relacionadas con el lugar de comisión del ilícito, otras tienen que ver con la manera como éste se ejecute y otras tienen que ver con la calidad de la víctima o del autor que comete la infracción.

2.7.2.1 Las relativas al tiempo de comisión de la infracción

La única agravante relacionada con el tiempo de comisión de la infracción es la de la nocturnidad. El robo cometido de noche se agrava si además se cumplen las otras condiciones enumeradas en los artículos 381, 384, 385 y 386 del Código Penal.

2.7.1.2 Las relativas al lugar de comisión del ilícito

Algunas agravantes se encuentran relacionadas con el lugar de la comisión de la infracción. Así tenemos el robo en casa o lugar habitado o habitable (arts. 381, 385 y 386 del Código Penal), el robo en caminos públicos (asrt. 383 del Código Penal) y el robo en los campos (art. 388 del Código Penal).

2.7.2.3 Las relativas a la manera de comisión del robo

Dependiendo de la manera de comisión del robo el mismo puede resultar agravado. Estas maneras son principalmente el robo mediante fractura (arts. 381, 384, 393, 394, 395 y 396 del Código Penal), el robo mediante escalamiento (arts. 381, 384

y 397 del Código Penal), el robo con uso de llaves falsas (arts. 381, 384 , 398 y 399 del Código Penal), el robo cometido por dos o mas personas (arts. 381, 384, 385 y 386 del Código Penal), el robo cometido haciendo uso de armas (arts. 101, 102, 381, 384, 385 y 386 del Código Penal y 2, 39, 40 y 56 de la ley 36), el robo haciendo uso de falsa calidad (arts. 381, 384, 385 y 386 del Código Penal) y el robo haciendo uso de violencia (art. 382 del Código Penal).

2.7.2.4 Las relativas a la calidad de la víctima o del autor de la infracción

La calidad de empleado o asalariado del autor del robo, así como la calidad de empleador de la víctima es la única agravante del robo que puede ser ubicada dentro de esta clasificación (art. 386 del Código Penal).

2.7.3 De la estafa

La única condición que agrava la estafa es la calidad de la víctima. En efecto, si la estafa recae sobre el Estado dominicano o alguna de sus instituciones el delito de estafa reviste carácter de crimen y se sanciona con mayor rigor. (art. 405 del Código Penal).

2.7.4 Del abuso de confianza

Dos situaciones específicas agravan el abuso de confianza. La primera de ellas es cuando la cosa distraída o sustraída tiene un valor superior a los mil (RD$1,000.00) pesos (art. 408 párrafo del Código Penal), la segunda condición que lo agrava es la calidad del autor del hecho; es decir, si se trata de un empleado o asalariado de la víctima (art. 408 del Código Penal).

2.8 AGRAVANTES GENERALES

2.8.1 La calidad de funcionario público

Esta es una agravante general contenida en el artículo 198 del Código Penal que se aplica a los funcionarios públicos que cometan infracciones. Esta agravante ha sido aplicada por los tribunales dominicanos, de manera indistinta, a toda clase de funcionarios siguiendo la interpretación del modelo francés. Así se ha aplicado de manera indistinta a toda clase de funcionarios, sin distinguir su categoría.

La doctrina dominicana ha señalado, con justísima razón, que la interpretación dada por la práctica en nuestro país al artículo 198 es errónea y que en nuestro caso la agravante sólo se aplica a los jueces y no a ninguna otra clase de funcionario público [253].

2.8.2 La reincidencia

Cabe iniciar este apartado con afirmar que modernamente la legitimidad de la reincidencia ha sido puesta en duda. Se ha llegado a afirmar que la misma trasgrede principios fundamentales y que, en consecuencia, no es posible aplicarla. Y en abono a esta opinión se puede decir que incluir criterios como la reincidencia en una legislación penal resulta contrario a la exigencia constitucional de desarrollar un derecho penal de acto. Del mismo modo podemos afirmar que la reincidencia resulta violatoria del principio de non bis in idem y que con ella se introducen criterios para la imposición de penas prescindiendo del debate de los hechos, anulando, de esta manera, la centralidad del juicio y la utilidad de la cesura del debate (principios reconocidos por la Constitución y por el Código Procesal Pena).

Hechas tales precisiones y haciendo abstracción de tales argumentos pasamos a examinar el tratamiento dado a la reincidencia por el Código Penal, el cual la reconoce como una agravante de carácter general y la reglamenta en sus artículos del 56 al 58.

La aplicación de la agravante de la reincidencia debe ser examinada desde varios ángulos.

En primer lugar, es necesario, comprender cuáles son las condiciones generales que deben encontrarse reunidas para que se considere la reincidencia. Estas condiciones se encuentran señaladas en la ley. Así como condiciones generales encontramos la necesidad de una condena anterior que haya adquirido carácter de lo juzgado irrevocablemente y la necesidad de que se cometa una nueva infracción que tenga por consecuencia una segunda condena.

En segundo término, examinamos el tema tomando en cuenta la consecuencia que, de manera general, acarrea la aplicación de la reincidencia como agravante. Siendo esta que se proceda a la agravación de la pena ordinaria que corresponda imponer por la segunda infracción.

253 Véase la explicación dada al respecto en RAMOS, LEONCIO. op. cit.

3. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES. NOCIONES GENERALES

Al igual que en nuestro derecho existen agravantes, encontramos circunstancias que tienden a disminuir o atenuar la pena imponible y, en algunos casos, hasta impiden la imposición de una pena –circunstancias atenuantes especiales o excusas-. Para distinguir las primeras de las segundas llamaremos a aquellas que tienden a disminuir la pena –circunstancias atenuantes propiamente dichas- y a las que tienden a impedir su imposición la llamaremos –circunstancias atenuantes especiales o excusas.

3.1 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PROPIAMENTE DICHAS

Las atenuantes propiamente dichas son circunstancias accidentales del tipo, no descritas expresamente en la norma, que tienden a disminuir la pena establecida para el hecho prohibido y cuyo apreciamiento se realiza de manera unilateral por el juez o tribunal.

Contrario a lo que ocurre con las agravantes, las circunstancias atenuantes se encuentran organizadas de manera general en el Código Penal que establece un régimen al respecto. En efecto, el artículo 463 organiza una escala para la aplicación de las circunstancias atenuantes. Esta escala permite que: 1) Cuando la ley pronuncie la pena de treinta años de reclusión mayor, se reduzca hasta veinte años de reclusión mayor; 2) Cuando la pena establecida en la ley sea la del veinte años de reclusión mayor, se podrá reducir e imponer una pena en una escala comprendida entre los tres y diez años de reclusión mayor, e incluso se puede rebajar a dos años de reclusión menor, si se considera que a favor del condenado existen más de dos circunstancias atenuantes; 3) Cuando la Ley establece una pena que se comprenda en la escala de la reclusión mayor (3 a 20 años) y siempre que no sea el máximo, se podrá reducir la pena hasta la escala de de reclusión menor (2 a 5 años), e incluso a la prisión correccional cuya duración no podrá ser menos de un año, salvo que la ley permita una reducción de la prisión a menor tiempo; 4) Cuando la pena sea la reclusión menor (2 a 5 años) o la de detención (3 a 10 años), se podrá reducir hasta la de prisión correccional sin que la duración mínima de la pena pueda bajar de dos meses; 5) Cuando se deba imponer de manera simultánea las penas de prisión y multa, se podrá reducir el tiempo de la prisión, a menos de seis días, y la multa a menos de cinco pesos, aún en el caso de reincidencia, o simplemente imponer la prisión o la multa e incluso sustituir la pena de prisión con la de multa, sin que en ningún caso puedan imponerse penas inferiores a las de simple policía.

La doctrina clásica es unánime en afirmar que del artículo 463 del Código Penal se deducían dos fundamentales consecuencias, a saber: 1) La norma no exige que el juez o tribunal explique de donde deduce o cuáles son las atenuantes tomadas en cuenta para reducir la pena; y 2) El juez o tribunal aun cuando aplique las circunstancias atenuantes no puede imponer una pena menor que la autorizada para cada caso por el referido texto legal.

En el primer aspecto cabe destacar que, una visión constitucional del tema sugiere que no es posible que se acoja ninguna circunstancia atenuante sin que se explique, en la sentencia, de dónde deduce o cuáles son las atenuantes tomadas en cuenta para reducir la pena. Todo ello deriva de la obligación impuesta a los tribunales de motivar debidamente todas sus decisiones, lo que implica que deban indicar, igualmente, los motivos que le indujeron a rebajar la pena.

Cabe aquí destacar la influencia sobre el tema que ha tenido el Código Procesal Penal, puesto en vigor en el año 2004, y que se ha referido a las atenuantes de los casos cuya pena imponible mayor no supere los diez años. En efecto, el artículo 340 de dicho cuerpo normativo establece el denominado perdón judicial, que no es otra cosa que la posibilidad de que el tribunal al aplicar la pena atenúe la pena e incluso la exima totalmente.

Este texto legal dispone cuáles son los elementos que pueden tomarse en cuenta para la atenuación de la pena o para permitir que el condenado sea eximido de la misma. Todo ello es posible cuando concurren una o varias de las circunstancias siguientes: 1) La participación mínima del imputado durante la comisión de la infracción; 2) La provocación del incidente por parte de la víctima o de otras personas; 3) La ocurrencia de la infracción en circunstancias poco usuales; 4) La participación del imputado en la comisión de la infracción bajo coacción, sin llegar a constituir una excusa legal absolutoria; 5) El grado de insignificancia social del daño provocado; 6) El error del imputado en relación al objeto de la infracción o debido a su creencia de que su actuación era legal o permitida; 7) La actuación del imputado motivada en el deseo de proveer las necesidades básicas de su familia o de sí mismo; 8) El sufrimiento de un grave daño físico o psíquico del imputado en ocasión de la comisión de la infracción; 9) El grado de aceptación social del hecho cometido.

Resulta evidente la modificación introducida por el artículo 340 del Código Procesal Penal al artículo 463 del Código Penal, a saber, en primer lugar, en los casos cuya pena imponible es la de diez años o menos existe la posibilidad de que se pueda imponer una pena por debajo de los límites establecidos en la ley e incluso que se pueda eximir al condenado de la pena, lo cual no era posible anteriormente. En segundo término, el tribunal se encuentra limitado, al aplicar las atenuantes, a aquellas circunstancias limitativamente enunciadas en el Código Procesal Penal.

3.1.1 Prohibición de aplicación de las circunstancias atenuantes

Algunas disposiciones legales disponen, de manera taxativa, la imposibilidad de reconocer circunstancias atenuantes y, en consecuencia, la imposibilidad de que se

254 Vgr. Ley 36 sobre Porte y Tenencia de Armas, Ley 50-88 sobre Drogas y Sustancias Controladas y Ley 583 sobre secuestro.

pueda disminuir la pena[254] Durante mucho tiempo los tribunales dominicanos habían sido contestes en afirmar que cuando tal prohibición existía la pena no podía ser reducida. Más recientemente, y examinando el asunto desde un plano sustantivo, muchos tribunales han comenzado a inaplicar la prohibición por entender que ella atenta a principios fundamentales como el de lesividad y proporcionalidad.

Así las cosas parece más que evidente que la posibilidad de aplicar circunstancias atenuantes está abierta en todo caso aun cuando la norma haya excluido tal posibilidad.

3.1.2 Efectos de las circunstancias atenuantes

La aplicación de circunstancias atenuantes acarrea algunas consecuencias jurídicas importantes. Estas consecuencias pueden ser evaluadas desde varios ángulos distintos.

En primer lugar, en lo atinente a la clasificación tripartita de infracciones contenidas en el Código Penal (crímenes, delitos y contravenciones). Esto es, saber si el hecho cometido en un crimen terminaría siendo considerado como delito. O sea, si la aplicación de la atenuante tiende a variar no sólo la pena sino la naturaleza de la infracción.

En segundo lugar, en lo relativo a la obligatoriedad de disminuir la pena o lo que es lo mismo, saber si es obligatorio aplicar la disminución de la pena siempre que estén presentes las circunstancias atenuantes.

En tercer lugar, lo relacionado con el poder de disminución de la pena que tiene el juez o tribunal, es decir, si éste se encuentra limitado al reducir la pena o si, por el contrario, no tiene límites para ello.

En lo relacionado con el primero de los aspectos, es decir, el de saber si el cambio de la pena hace variar la naturaleza de la infracción, hay que decir que ni la doctrina ni la jurisprudencia clásica son unánimes y se han pronunciado a favor y en contra. Algunos entienden que la disminución de la pena no influye en nada la naturaleza del hecho y que, por lo tanto, el hecho seguirá siendo criminal aun cuando la pena impuesta sea de naturaleza correccional. Otros se inclinan por entender que la aplicación de la excusa varía la naturaleza del hecho, ya que ello no es el resultado del capricho del juez, sino de la voluntad de la ley. Esta última postura parece más lógica y cónsona con el principio de legalidad. Esta cuestión tiene particular importancia para considerar aspectos como el de la prescripción (artículo 45 del Código Procesal Penal) y como el de la reincidencia, según lo establecido por los artículos del 56 al 58 del Código Penal, cuyas reglas toman en cuenta la naturaleza de la infracción y no la escala de pena impuesta.

En lo relativo al segundo de los aspectos planteados, o sea el de saber si resulta obligatorio o facultativo para el juez o tribunal disminuir la pena siempre que estén

presentes las circunstancias atenuantes la doctrina clásica ha distinguido según se trate de un crimen o de un delito y ha interpretado el artículo 463 del Código Penal en el sentido de que si el hecho sancionado se trata de un crimen la disminución de la pena y la aplicación de la atenuante es de carácter obligatorio. Mientras que si se trata de un delito correccional la aplicación de la atenuante es facultativa.

Esta interpretación resulta inadecuada, desde el plano sustantivo, pues sus principios implican que siempre que estén dadas las condiciones para atenuar la pena tenga que operar la atenuante sin que para nada influya la naturaleza de la infracción.

El tercero de los aspectos expuestos ya ha sido abordado más arriba y se ha dicho que siempre que el máximo de la pena imponible sea menor o igual a diez años de prisión la misma puede ser reducida por debajo del límite inferior e incluso que el condenado pueda ser eximido totalmente de la pena, todo ello como consecuencia de las reglas establecidas para el denominado, perdón judicial, contenido en el artículo 340 del Código Procesal Penal.

3.2 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES ESPECIALES O EXCUSAS

Al igual que las atenuantes propiamente dichas las especiales o excusas son una circunstancia accidental en el tipo que unidas a sus elementos generales y especiales tiene como efecto atenuar la pena o eximir al imputado de la misma. Las excusas se encuentran determinadas limitativamente por la ley y la sentencia que reconozca su existencia debe establecer que se verifican suficientes condiciones para constituirlas.

Tradicionalmente las excusas han sido clasificadas en dos categorías: en primer término, encontramos las llamadas excusas atenuantes o hechos justificativos y las excusas absolutorias; en segundo término encontramos las denominadas excusas generales y las especiales.

Los hechos justificativos tienden a disminuir la pena, mientras que las excusas absolutorias hacen desaparecer, no sólo la posibilidad de aplicar la pena sino que surten efecto, de manera retroactiva, sobre la responsabilidad penal y civil la cual desaparece. Cuando se verifica una excusa absolutoria, en realidad no existe infracción porque bajo tales circunstancias la ley reconoce la inexistencia del tipo.

Dentro del primer grupo encontramos las atenuantes cuyo único efecto es atenuar o disminuir la pena imponible conforme la ley (tal es el caso de la provocación establecido en el artículo 321 del Código Penal dominicano); y por otra parte, las absolutorias, que tienen por finalidad evitar que la pena sea impuesta aun y cuando el autor de la infracción sea declarado culpable (el arrepentimiento en ciertos tipos de infracciones como en los casos señalados por los arts 100 y 138 del Código Penal).

En el segundo grupo encontramos las excusas generales que, como su nombre lo indica, aplican por igual a todas las infracciones o a un determinado grupo de ellas

(como la provocación y la legítima defensa), mientras que las excusas especiales se aplican únicamente a algunas infracciones específicas (como la excusa establecida en artículo 380 del Código Penal para el robo cometido por ciertas personas unidas por lazos de parentesco con la víctima).

3.2.1 Diversos tipos de excusas

La provocación es una excusa atenuante general que puede manifestarse de distintas maneras, según las circunstancias en que ella tenga lugar.

La primera forma se encuentra relacionada con casos de homicidio o de golpes y heridas. Esta excusa está consagrada por el artículo 321 del Código Penal y tiene por propósito atenuar la pena y no el de eximir su aplicación.

Los casos que pueden constituir una provocación, son los golpes o las violencias graves contra la personas; la amenaza, el ultraje violento al pudor; la violación por medio de escalamiento o fractura del domicilio durante el día y las injurias no públicas contra los particulares.

Para que la provocación pueda ser aceptada como excusa es menester que la misma se haya ejercido contra el autor de la infracción y que, además, la provocación consista en un acto que lo haya irritado (provocación, las amenazas y violencias graves); por otra parte es necesario que el acto provocador sea injusto (o sea que tampoco haya sido provocado); y además, que el acto de provocación se haya cometido inmediatamente antes al hecho considerado como delito.

Otra excusa admitida es la derivada del ultraje violento hecho a la honestidad. Precedido por estas circunstancias, conforme al artículo 325 del Código Penal, el homicidio, los golpes y las heridas son excusables, así como la castración. Las condiciones para la aplicación de esta excusa son, en primer lugar, la existencia de un ultraje al pudor[255]. En segundo lugar, el ultraje debe ser violento –lo cual parece abundante pues sin violencia no habría ultraje-; y en tercer lugar, que el ultraje sea un acto ya consumado, ya que si la castración tiene lugar con el fin de evitarlo constituye un excusa absolutoria de la manera prevista en el artículo 328 del Código Penal (legítima defensa).

Se consideran, igualmente, excusables el homicidio y los golpes y las heridas cuando éstos son llevados a cabo con el fin de repeler el robo agravado por el escalamiento o fractura y siempre que tal acontecimiento ocurra de día, pues si el hecho ocurriere durante la noche se reputa legítima defensa tal como lo dispone el artículo 329 del Código Penal.

La excusa de la provocación, sin embargo, no puede ser acogida, conforme lo dispone el artículo 323 del Código Penal, en el caso de parricidio. Esta excusa

255 El ultraje al pudor se manifiesta a través de diversos delitos de naturaleza sexual.

es una herencia de la antigua legislación francesa, "según la cual el respeto religioso que se debe a los padres o a quien la ley coloca en el mismo rango, impone el deber de sufrirlo todo antes que levantar la mano sacrílega"[256]. Sin embargo, la propia doctrina clásica, reconoce que esta imposibilidad no aplica en los casos de las excusas absolutorias, como la legítima defensa, que si surte efecto sobre este tipo de ilícitos. Además, la posición sostenida por la doctrina clásica en torno a la imposibilidad de que se reconozca la provocación como atenuante en estos casos, resulta hoy día bastante criticable.

Antes de que la ley 24 de 1997 insertara modificaciones al Código Penal, el artículo 324 de dicho Código, contenía el adulterio como excusa del homicidio del cónyuge. De este modo el adulterio cometido bajo ciertas circunstancias excusaba el homicidio. A partir de dicha modificación legal esta excusa desaparece y no puede ser reconocida como tal.

3.3 EFECTOS DE LAS ATENUANTES ESPECIALES O EXCUSAS

Cuando una atenuante especial o excusa ha sido establecida, y si se trata de una excusa simplemente atenuante, trae como consecuencia la atenuación de la pena que se establece para el hecho cometido en condiciones no excusables. Si se trata de una excusa absolutoria la pena sencillamente no será aplicada.

Cuando la excusa permita atenuar la pena las reglas a seguir son las establecidas en el artículo 326 del Código Penal que contiene una escala de disminución según la cual: si el hecho amerita la pena de reclusión mayor (sin importar la cuantía), la pena a imponer será la de prisión correccional de seis meses a dos años; si el hecho amerita cualquier otra pena de naturaleza criminal (detención o reclusión menor), la pena imponible será la de prisión de tres meses a un año. En cambio, si el hecho excusado es de naturaleza delictual la pena se atenuará aplicando la de prisión correccional en la escala de seis días a tres meses.

Tal como se explicó en las atenuantes propiamente dichas, cuando se trata del efecto jurídico de la excusa se discute si sólo atenúa la pena imponible o si, además, tiende a variar la naturaleza jurídica del hecho sancionado (crimen o delito). Esta discusión tiene particular importancia, sobre todo, al momento de aplicar las reglas relativas a la prescripción y a la reincidencia. Sabiendo que sobre el punto hay discusión nos hemos inclinado, al entenderla más cónsona con el principio de legalidad, por la corriente que afirma que la aplicación de la excusa implica la variación de la naturaleza de la infracción.

256 Ramos, Leoncio. op. cit.

3.4 DIFERENCIAS ENTRE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PROPIAMENTE DICHAS Y LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES ESPECIALES O EXCUSAS

Las diferencias esenciales entre una clase y otra de las circunstancias atenuantes ya explicadas son, en primer lugar, que mientras las atenuantes propiamente dichas no están determinadas expresamente en la ley, las atenuantes especiales o excusas sí lo están. En segundo lugar, encontramos que las atenuantes propiamente dichas no tienen un número limitado, mientras que las atenuantes especiales o excusas se encuentran limitativamente enumeradas en la ley.

4. COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Ya hemos visto –supra capítulo 6- que existen diversas formas de intervenir en el hecho típico, como son la autoría y la participación. También hemos visto que la legislación dominicana incluye a todos los partícipes dentro de los denominados cómplices, según lo previsto en los artículos 59 y 60 del Código Penal.

En este apartado pretendemos hacer un examen conjunto entre estas formas de intervención y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Tal examen conjunto resulta importante pues nos lleva a responder la pregunta de si en un hecho donde intervenga más de una persona como autor o como partícipe (entiéndase cómplice en cualquiera de sus modalidades) las circunstancias que modifican la responsabilidad penal (atenuantes o agravantes) favorecen o perjudican con la misma intensidad a todos los que intervienen. Esto es, saber si tales circunstancias modificativas de la responsabilidad penal se comunican entre los autores y los partícipes.

Tal como se ha dicho, en el sistema establecido en la legislación dominicana, el partícipe (cómplice) resulta condenado por el mismo ilícito que el autor. Por ello, la pena imponible al partícipe se determina conforme a la pena aplicable al autor del hecho aunque, por mandato expreso de la ley, la pena correspondiente al partícipe es disminuida en un grado.

La fijación de la pena correspondiente al partícipe puede, sin embargo, presentar algunos inconvenientes en la práctica. Veamos lo que ocurre en los diversos casos, según que se trate de atenuantes o de agravantes.

4.1 COMUNICABILIDAD DE LAS ATENUANTES

Sobre la posibilidad de comunicabilidad de las atenuantes se presentan varias situaciones. La jurisprudencia ha sido constante en afirmar que el cómplice puede ser perseguido de manera independiente al autor[257].

257 Entre otras, véase SCJ 30 de junio de 1938, B.J 503, p. 1129 y 15 de marzo de 1996.

Una primera situación relativa a la posibilidad de que el autor se beneficie de una cláusula legal de no culpabilidad. Dado que en el sistema penal dominicano se es cómplice o partícipe de un hecho y no de la persona que lo comete resulta que las circunstancias modificativas de la responsabilidad atribuible al autor por sus personales características no se comunican al partícipe o cómplice. Por eso cuando existe una causa de no imputabilidad que favorece al autor (como sería la demencia -art. 64 del Código Penal) ella no es reconocida a favor del partícipe quien sigue siendo responsable y condenable con la pena correspondiente a su grado de participación.

Una segunda hipótesis que se presenta cuando existe una imposibilidad legal de proseguir la persecución en contra del autor. Tal es el caso en que el autor ha muerto y por tanto la acción penal se ha extinguido en cuanto a él. En tal caso la responsabilidad penal del partícipe puede ser determinada de manera independiente ya que, como hemos explicado, su responsabilidad penal es independiente a la del autor.

Un tercer caso que resulta de determinar si las excusas absolutorias que pueden favorecer al autor, favorecen por igual al partícipe. En tal hipótesis la responsabilidad del cómplice subsiste aún cuando el autor se favorezca de la excusa.

Cabe, por último, resaltar que esta incomunicabilidad de estas atenuantes es biunívoca, es decir, que no se comunica del autor al partícipe, ni viceversa.

En lo relativo a las excusas legales como la provocación, el repelimiento de robo con escalamiento durante el día y la castración como consecuencia del ultraje al pudor se admite, de manera general, que todas ellas se comunican del autor al partícipe y que, en consecuencia, le favorecen por igual.

4.2 COMUNICABILIDAD DE LAS AGRAVANTES

Si bien las circunstancias modificativas atenuantes no se comunican entre el autor y el partícipe, no ocurre lo mismo con las circunstancias modificativas agravantes. En efecto, en el caso de las agravantes sí existe la comunicabilidad aunque la misma no es biunívoca ya que las agravantes relativas a la persona del autor se comunican al partícipe pero las de éste no se les comunican a aquél.

Así, por ejemplo; si el cómplice es reincidente, o si es empleado o asalariado de la víctima de un robo o de un abuso de confianza, o si es hijo de la víctima de un parricidio. La pena del cómplice no se agrava ni la del autor tampoco porque en esta hipótesis la naturaleza del ilícito principal no se altera.

Ahora bien las denominadas agravantes objetivas que, como hemos dicho anteriormente, van unidas al hecho son perfectamente comunicables. Por eso, cuando se trata de un robo agravado por la manera o el tiempo de su comisión, la agravante afecta al partícipe porque el es tal del hecho.

Esto ocurre porque se entiende que el partícipe cuando ha consentido en cometer la infracción ha aceptado a todas las eventualidades y asumido todos los riesgos que implica el ilícito incluyendo el consentimiento del empleo de todos aquellos medios necesarios para cometer el hecho.

Pero la solución dada para los partícipes y las agravantes objetivas no es la misma que se ha dado para el caso de las llamadas agravantes subjetivas, es decir, aquellas que surgen como consecuencia de la calidad que tiene el autor del ilícito. Como el caso del robo cuyo autor es el empleado o asalariado de la víctima, o el homicidio cometido por el hijo en perjuicio de su padre.

En torno a la comunicabilidad de estas agravantes las opiniones son diversas y algunos han opinado que estas agravantes son totalmente personales y que, por tanto, no pueden ser comunicadas al partícipe. Otra corriente, la que por cierto ha suscrito nuestra Suprema Corte de Justicia, es de opinión de que estas agravantes deben comunicarse al cómplice ya que, por un lado, según la legislación aplicable a la materia (art. 59 del Código Penal) se es cómplice (partícipe) de la infracción cometida por el autor y, por el otro, porque la pena que corresponde al partícipe se fija tomando en cuenta a la pena que corresponde al autor[258].

5. UNIDAD Y PLURALIDAD DE HECHOS

Hay casos en que un mismo acto constituye a la vez dos o más tipos penales. O que quienes cometen el delito ejecutan a la vez varios actos violatorios de distintas leyes penales. Lo que ahora abordaremos es con la finalidad de determinar cuáles consecuencias jurídicas se derivan de esta situación en lo que atañe a la situación del imputado condenado, o más claramente dicho, en lo relativo a la sanción imponible.

5.1 CONCURSO DE INFRACCIONES

Hay concurso de infracciones toda vez que el elemento activo de la infracción (autor) haya cometido dos o más infracciones sin que haya intervenido condenación irrevocable con respecto a ninguna de ellas.

Hay diversos tipos de concurso de infracciones. La doctrina clásica refiere que el mismo puede ser real o material, ideal o intelectual.

1. Se dice que hay concurso real o material en aquellos casos en que el autor del hecho reprochable penalmente ha cometido varios actos que, de manera separada y por sí mismos, constituyen un ilícito distinto. Asi por ejemplo; el caso de un individuo que ha cometido un robo a mano armada, luego estafa unas personas, después comete un secuestro, etc. Cada uno de estos hechos constituye violación a un tipo penal distinto.

258 SCJ 17 de junio 1959, B.J. 587, p. 1211.

2. En cambio se afirma que hay concurso ideal o intelectual, cuando un mismo acto produce la violación de varios tipos penales. Con un mismo hecho se violan varias normas penales a la vez. Como, por ejemplo, el que para facilitar un robo, tortura a la víctima para que le informe dónde está guardado el dinero. En la doctrina dominicana el concurso ideal no es sub-clasificado en ninguna otra categoría como si se hace en otras corrientes doctrinales como la de España. En este sentido, allí se lo divide en concurso ideal propiamente dicho que correspondería al que hemos explicado y concurso ideal impropio o medial.

3. Hay concurso medial de delitos cuando se cometen dos o más acciones delictivas siendo una de ellas necesaria para cometer la otra. Como hemos dicho, el concurso medial en realidad es una especie de concurso ideal. Un ejemplo claro que explica el concurso ideal impropio o medial es el caso del estafador, que para poder estafar su víctima falsifica un documento público, En este caso, la estafa no hubiese tenido lugar, hubiese sido imposible de lograr, si previamente no se comete dicha falsificación.

La influencia que tiene el concurso de infracciones sobre la responsabilidad penal del autor o partícipe resulta en responder si ellos deben ser sancionados mediante la imposición de tantas penas como ilícitos hayan cometido y si tales penas deben ser ejecutadas todas de manera sucesiva, una detrás de la otra.

Al planteamiento que hemos hecho le han sido dadas varias soluciones. En primer lugar, el llamado sistema de suma o adición de penas; en segundo lugar, el sistema denominado de no cúmulo o absorción de las penas; y en tercer término, encontramos el llamado sistema de cúmulo jurídico de las penas.

El sistema de suma o adición de penas consiste en imponer la pena correspondiente a cada infracción. Esta regla fue utilizada en el antiguo derecho francés al igual que en la mayor parte de la legislación europea antigua. Es a partir del 1787 que aparece por primera vez la regla de la absorción de las penas, cuyo primer modelo es el código austriaco que disponía que en todos los casos debía imponerse la pena correspondiente al delito más severamente castigado. Esta regla fue recogida más tarde por el Código Penal francés.

Por su parte, el denominado cúmulo legal contiene un punto de vista intermedio que se ubica entre los dos sistemas anteriores (suma o adición y cúmulo o absorción). Según este sistema se puede acumular las penas sin que en ningún caso se sobre pase el límite máximo establecido en la ley. También se sugiere como solución la de que las penas más graves no se acumulen pero que se agrave la pena aplicable; mientras que las penas menos graves se acumulan y ejecutan todas.

5.2 CONCURSO DE LEYES Y EL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM

El concurso de leyes es un tema que nunca ha sido tratado, al menos formal y expresamente, por la doctrina dominicana. Sin embargo, las reglas y principios que lo integran resultan muy interesantes y resulta casi imposible prescindir de ellas.

Distinto a lo que ocurre con el concurso de delitos en el que resulta necesario aplicar tantas disposiciones legales como las violadas por los hechos cometidos, en el concurso de leyes hay que aplicar una sola ley al hecho cometido aunque, de manera aparente, existan varias normas aplicables. Tal es el caso del que comete un parricidio, obviamente que quien comete un parricidio comete, a la vez, un homicidio. Así se encontrarían simultáneamente aplicables el artículo 295 del Código Penal (homicidio) y el artículo 299 (parricidio). Según las reglas del denominado concurso de leyes, sólo sería aplicable el artículo 299 por ser este el tipo que describe más ajustadamente la conducta prohibida.

La decisión en torno a cuál de las normas aplicar cuando se presenta un concurso de leyes depende mucho de la interpretación de las distintas normas que sean posibles aplicar. La doctrina ha elaborado diversos principios que tienen por finalidad hacer más fácil la aplicación de la norma que corresponda. Los principios más conocidos son el de especialidad, el de subsidiariedad y el de consunción.

Siguiendo el principio de especialidad, cuando haya concurso entre varias normas, se aplicará la ley más especial. Esto es el tipo que mejor se ajusta al caso en particular. Así, en el ejemplo del homicidio cometido por un hijo en perjuicio de su padre, se aplicará sólo la norma que sanciona el parricidio y no la norma que prevé el homicidio. Ya que el homicidio es la norma general mientras que el parricidio es la norma especial. (Todo parricida comete, necesariamente un homicidio. Pero, no todo homicida comete necesariamente un parridicido.)

Por su parte, siguiendo el principio de subsidiariedad se pretende aplicar la norma general frente a la subsidiaria. El ejemplo por excelencia lo constituye el caso de un homicidio y de una tentativa de homicidio. Ante un concurso se aplicará la norma general en vez de la subsidiaria.

Por último, encontramos el principio de consunción, según cuyas reglas si un hecho se subsume dentro de otro sólo se aplicará la norma que prohíbe este último.

5.3 SISTEMA ADOPTADO POR EL CÓDIGO PENAL DOMINICANO

Como sabemos, el sistema penal dominicano es una copia fiel del sistema francés el cual había adoptado el no cúmulo o absorción de penas. En la legislación francesa esta regla estaba contenida en los artículos 365 y 379 del Código de Instrucción Criminal.

El legislador dominicano cuando adoptó el Código de Procedimiento Criminal como regla procesal no incluyó el artículo 365 que era el que establecía que en

caso de condenación por muchos crímenes y delitos se aplicaría la pena más grave. Esto llevó a que el régimen de no cúmulo de penas fuera reconocido, entre nosotros, jurisprudencialmente, siendo constante que nuestra Suprema Corte de Justicia considere que este régimen ha sido implícitamente adoptado por el legislador dominicano.

A partir de la entrada en vigor del Código Procesal Penal la regla del no cúmulo de penas parece haber sido reconocida legalmente por el artículo 441, que ordena al juez de la ejecución penal la unificación de las penas de los condenados.

5.3.1 Consecuencias de la regla de no cúmulo o absorción de las penas

Ya hemos explicado que en nuestro sistema penal el régimen de aplicación de penas establecido es el de la regla de no cúmulo de penas. Ahora examinaremos cuál es el alcance de esta regla en la imposición práctica de la pena.

Dado que el no cúmulo de penas ha sido incorporado entre nosotros por la jurisprudencia. La doctrina por su parte, al examen de la jurisprudencia, se ha encargado de establecer los límites en su aplicación. En este sentido se ha afirmado que la regla del no cúmulo de penas es aplicable solamente a los crímenes y a los delitos, pero que no se debe aplicar a las contravenciones. Se afirma, además, que sólo cuando la ley lo ordene expresamente la regla del no cúmulo de pena aplicaría de manera contraria a la regla general[259](como ocurre con el artículo 49 de la ley 36 sobre armas y el caso de evasión contenido en el artículo 245 del Código Penal).

La regla del no cúmulo de penas es de carácter general y, por tanto, aplicable tanto a las sanciones contenidas en el Código Penal como a aquellas contenidas en la legislación especial.

Debemos advertir que si concurren crímenes, delitos y contravenciones, las penas se acumulan.

En caso de diferentes infracciones y por efecto de la regla del no cúmulo, la pena más grave es la que debe ser impuesta. Esto en la práctica presentó algunos inconvenientes que fueron resueltos por la doctrina y la jurisprudencia de diversas maneras.

El primer inconveniente que encontramos es el relativo a la determinación de la pena más grave. Es decir, saber cuál de las penas imponibles debía ser considerada como la más grave y, por ende, ser impuesta.

En primer lugar notamos la comparación entre penas de distintas naturalezas (contravenciones, correccionales o criminales). En esta hipótesis primaba la pena de naturaleza más grave, sin tomar en cuenta las cuantías. Así, las penas de naturaleza criminal primaban sobre aquellas de naturaleza correccional y estas últimas primaban sobre las contravenciones.

259 RAMOS, LEONCIO. op. cit.

En segundo lugar encontramos la hipótesis de que las distintas penas aplicables fueran de una misma naturaleza. Es decir, que todas las penas fuesen criminales, o todas correccionales. En estos casos, para determinar cuál era la más grave, se recurría a los máximos respectivos de ellas. Y cuando dichos máximos eran iguales, era considerada la más grave aquella de las penas cuyo mínimo fuera mayor que el otro. En el caso de penas que tuviesen igual máximo y mínimo, entonces se consideraba como la pena más grave, mediante las penas accesorias o complementarias aplicables.

Estas reglas, a nuestro juicio, dejaron de tener tanta importancia a partir de que el régimen de pena en República Dominicana fue cambiado, desapareciendo el régimen de gravedad de penas por su naturaleza (reclusión, detención, prisión). Así las cosas resulta innecesaria la distinción y para determinar cuál es la pena más grave sólo habría que tomar en cuenta la cuantía de la pena y no la naturaleza de la misma

El segundo inconveniente que encontramos es el relacionado con la pena de multa, que ha sido resuelto por la casuística estableciendo que en caso de que todas las penas sean la de multa no se aplica la regla del no cúmulo de penas y que, consecuentemente, se deben sumar todas las multas impuestas. .

Ahora bien, la regla del no cúmulo de penas implica que en caso de pluralidad de infracciones que han sido perseguidas conjuntamente sólo se aplique la pena más grave aunque, en realidad, el imputado sea condenado de manera independiente por cada infracción que le fuere probada. Esto significa que en el caso de que durante el juicio se compruebe que el imputado ha cometido las distintas infracciones de que es acusado, el mismo será condenado de manera independiente por cada una de ellas y le serán impuestas cada una de las penas, pero la sentencia debe ordenar que solamente se cumpla la de mayor cuantía y que las demás sean absorbidas por ésta.

Pero en caso de varias persecuciones el asunto ha sido resuelto de manera distinta según las particularidades de cada caso.

En caso de condenaciones posteriores a la primera, pero por hechos cometidos antes de la primera condena, el juez de la ejecución penal, al unificar las penas, ordenará que la primera pena impuesta sea absorbida por la última si es que la primera es menos grave. Ahora bien, si la segunda pena impuesta es menos grave que la primera, será la primera que absorba la segunda.

5.3.2 Excepciones a la regla del no cúmulo de penas

Ya hemos dicho que la regla general es la del no cúmulo de penas. Esta regla comporta algunas excepciones.

Tal es el caso de las contravenciones, cuya pena es imponible de manera acumulada. Igual hemos dicho de las penas de multa, que se suman unas a otras.

También algunos casos contenidos en la ley, como el caso del artículo 49 de la ley 36, que establece el cúmulo de penas cuando dispone que todas las sanciones establecidas para las armas de fuego, serán aplicadas sin perjuicio de aquellas en que pueda incurrir el imputado por otros hechos punibles cometidos por él correlativamente con aquellos incriminados por dicha ley. Del mismo modo se incluye el caso contemplado por el artículo 245 del Código Penal, que sanciona la evasión de prisioneros y que dispone que el prisionero que se evada cumplirá la pena impuesta por la evasión inmediatamente después de cumplida su condena, o después que se le descargue de la instancia a que dio lugar la imputación del crimen o delito que motivó su prisión.

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en afirmar que el no cúmulo de pena no tiene aplicación para el caso en que un condenado de manera irrevocable, cometiere nueva infracción caso en el cual la pena impuesta por la nueva infracción deberá comenzar a computarse cuando finalice el cómputo de la primera pena impuesta.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, E. Derecho Penal, Parte General. Hammurabi, Bs. Aires, Argentina. 1999 (2da edición).

GARAUD, R. Traité de Droit Penal Français. Larose Editeur. París, 1895.

MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 2004 (7ª edición).

MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte General, Tirant Loblanch, 2004 (6ª edición, revisada y ampliada).

PÉREZ MÉNDEZ, A. Código Penal Dominicano Anotado. (Tres Tomos).

RAMOS, L. Notas de Derecho Penal Dominicano. Editora Punto Mágico, 2002, Santo Domingo, Rep. Dom.

ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General, Tomo

TEMA 10

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO. LA PENA Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

José De los Santos Hiciano
Defensor Público Departamento Judicial
República Dominicana

1. PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD
    - 1.1 CONCEPTO POSITIVO DE PENA
    - 1.2 CONCEPTO NEGATIVO DE PENA
    - 1.3 CARÁCTER SANCIONADOR DE LA PENA EN EL CONCEPTO TRADICIONAL.
    - 1.4 EL FIN DE LA PENA: DE LO ABSTRACTO A LO REAL
    - 1.5 EL SISTEMA PENAL DOMINICANO ES INCOHERENTE CON RESPECTO AL FIN DE LA PENA
    - 1.6 PENA Y DERECHOS HUMANOS
    - 1.7 CONCEPTO DE MEDIDA DE SEGURIDAD
    - 1.8 DIFERENCIAS ENTRE PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD
    - 1.9 EL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

2. LAS PENAS. CLASIFICACIÓN: PRIVATIVAS DE LIBERTAD, DE OTROS DERECHOS Y MULTAS
    - 2.1. CRITERIOS FILOSÓFICOS Y POLÍTICOS QUE INFLUYERON EN EL SISTEMA DE PENAS ESTABLECIDO EN LA REPÚBLICA DOMINICANA.
        - 2.1.1 Pena y desarrollo social
        - 2.1.2 El sistema de penas adoptado originalmente en República Dominicana.
        - 2.1.3 Instinto y razón en el devenir de la pena.
    - 2.2. LA PENA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DOMINICANO. EL CÓDIGO PENAL DE 1884
        - 2.2.1 Primacía de las teorías absolutas o de la retribución justa en la legislación penal dominicana
        - 2.2.2 Teorías relativas o de la prevención en la legislación dominicana
            - 2.2.2.1 Teoría de la prevención general
            - 2.2.2.2 Teoría de la prevención especial
    - 2.3 CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS
        - 2.3.1 Clasificación en función de su gravedad
        - 2.3.2 Clasificación en función del bien jurídico afectado
            - 2.3.2.1 Penas privativas de libertad
            - 2.3.2.1.1 Penas fijas
            - 2.3.2.1.2 Penas flexibles
        - 2.3.2.2 Penas privativas de otros derechos
        - 2.3.2.3 La pena de multa
        - 2.3.2.4 Las penas de policía

2.3.3 Las medidas de seguridad en la legislación penal dominicana.
2.3.4 Las penas y medidas de seguridad contenias en las legislaciones penales especiales modernas: ley 50- 88 y 24-97
2.3.4.1 Las penas en la legislación penal especial moderna: las Leyes 50- 88 y 24-97.
2.3.4.1.1 La Ley 50-88
2.3.4.1..2 La Ley 24-97
2.3.4.2 Las medidas en la legislación penal especial moderna: las Leyes 50- 88 y 24-97
2.3.4.2.1 La Ley 50-88
2.3.4.2..2 La Ley 24-97

3. DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA DOMINICANO
3.1 CONCEPTO
3.2 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE RIGEN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA
3.2.1 Legalidad
3.2.2 Respeto a la dignidad humana
3.2.3 Principio de proporcionalidad
3.3 LA DETERMINACION DE LA PENA EN LA LEGISLACION DOMINICANA
3.3.1 Determinación de la pena cuando existen circunstancias atenuantes
3.3.2 Determinación de la pena en caso de circunstancias agravantes
3.3.3 La determinación de la pena en caso de excusas
3.4 LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA NUEVA NORMATIVA PROCESAL PENAL
3.4.1 La obligación de motivar
3.4.2 Los criterios de determinación de la pena previstos en el Código Procesal Penal.
3.4.1. El perdón judicial
3.4.2 La suspensión condicional de la pena.
3.4.3 Condiciones especiales de cumplimiento de la pena
3.4.4 Cumplimiento de la pena en el extranjero
3.4.5 Juicio sobre la pena, como factor de control de la determinación
3.4.6 La determinación de la pena en el juicio abreviado
3.4.7 La cuantía de la pena como medio de impugnación

3.5 CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, LA INDIVIDUALIZACION ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCION
3.5.1 Judicializacion de la ejecución de la pena
3.5.2 La prescripción de la pena
3.5.3 El cómputo de la pena privativa de libertad
3.5.4 La unificación de las penas
3.5.5 El cumplimiento de la pena
3.5.6 El cumplimiento de las medidas de seguridad
3.5.7 La libertad condicional
3.5.8 La determinación de la pena y la nedida de seguridad en el proyecto de Código Penal

TEMA 10

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO. LA PENA Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

1. PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD

El estudio sobre las consecuencias jurídicas del delito necesariamente debe tener como punto de partida un análisis referente a los fundamentos del poder punitivo del Estado, así como del nivel de racionalidad con que debe llevarse a cabo el ejercicio de ese poder y sus límites. De igual modo se impone de inicio identificar los distintos estratos que en el orden material intervienen en el proceso de realización del derecho penal, poniendo fundamental atención en la determinación de la pena y la medida de seguridad.

Determinar la pena o la medida de seguridad es un proceso que incluye el nivel legal, el judicial y el administrativo. En consecuencia se hace imprescindible establecer si esos tres niveles operan en la realidad con la coherencia necesaria para evitar desviaciones o distorsiones que en el plano operativo terminen desconociendo y anulando los principios que le sirven de fundamento. En ese mismo orden resulta de alta pertinencia la cuestión del fin de la pena en un Estado de derecho, así como su sentido y utilidad como mecanismo de solución de la conflictividad social.

1.1 CONCEPTO POSITIVO DE PENA

En el ámbito jurídico, el principal instrumento con que cuenta el Estado como medio de reacción contra el delito es la pena. La pena es la consecuencia jurídica de los actos reprobados por el derecho penal y sólo se aplica a imputables, una vez que se ha determinado su culpabilidad de conformidad con las normas del Estado de derecho. *"Es el medio coactivo más contundente con que cuenta el Estado"* [260]para reaccionar frente a los hechos punibles. Desde el punto de vista de quien la sufre, la pena siempre implicará la privación forzosa de derechos subjetivos, como la vida, la libertad, o el derecho de propiedad sobre bienes materiales, impuesta a quien es declarado culpable de la realización de un acto considerado socialmente dañoso y relevante para el derecho Penal. A través de la pena el Estado persigue fines retributivos o de justicia o fines preventivos o de utilidad. En procura de legitimar uno u otro criterio, surgen en el siglo XVIII con un amplio impulso en el siglo XIX dos corrientes teóricas antagónicas:

a) las teorías absolutas, basadas en la idea de justicia que postulan como principio legitimante de la pena la retribución justa, o sea, que cada quien pague "lo que sus hechos valen" y

b) las teorías relativas que legitiman el poder punitivo del Estado en función de la persecución de un fin preventivo: Prevención general y prevención especial [261].

En la actualidad las teorías retributivas están siendo seriamente cuestionadas por la dogmática, aunque mantienen mucha vigencia en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países del hemisferio, a través de la teoría de la unión que aun predomina en el derecho positivo y en la jurisprudencia. Sin embargo, cada día es más evidente la tendencia por parte de la dogmática al abandono del concepto retribucionista, pues el pensamiento científico moderno sobre la pena, así como el derecho internacional sobre los derechos humanos se orientan de forma consistente hacia la legitimación de las teorías relativas[262]. Roxin, quien es partidario de la teoría unificadora preventiva, es uno de los principales críticos actuales de la teoría retribucionista. Sostiene el autor alemán que "en una teoría unificadora o mixta correctamente en-

260 MIR PUIG, Santiago, El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, p. 115. Editorial Ariel, S.A. **BARCELONA**. 1994.

261 A través de la prevención general se procura utilizar la pena como un medio intimidatorio que sirva de amenaza para la sociedad en general y de esa forma "inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados", (ver **Bacigalupo**, p. 13) La teoría preventiva especial pone principal atención, no en el delito, sino en su autor: En consecuencia la pena tiene como finalidad prevenir el delito mediante la resocializacion, intimidación o inocuizaciòn del delincuente. Esta teoría alcanzó su mayor impulso en la lucha de escuela que se llevo a cabo a finales del siglo XIX entre las denominadas Escuelas clásica y Escuela positivista., (Ver **Basigalupo**, p. 15).

262 La teoría de la unión es una corriente de finales del siglo XIX y principio del siglo XX que validando los postulados de las teorías absolutas y relativas construyó una teoría unificada que acepta que la pena tiene como fin reprimir y prevenir: La teoría de la unión ha sido el modelo más universalmente aceptado por las legislaciones modernas. En un primer momento esta teoría se orientó hacia otorgarle mayor legitimidad a la idea de justicia que a la prevención. Sin embargo, en un segundo momento se plantea que la utilidad es el fundamento de toda pena. "solo es justa la pena que opere preventivamente". En ese sentido se desarrolló el criterio de que la pena para ser útil, debía tener límites basados en el principio de proporcionalidad. En la actualidad la teoría de la unión es hegemónica en el derecho positivo, sin embargo, en la dogmática en los últimos tiempos se han propuesto algunas variantes que excluyen el retribucionismo y reivindicando una teoría unificadora preventiva (Roxin).

tendida, la retribución no puede, por el contrario, entrar en consideración ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención. Del hecho de que en el castigo radica un reproche social no se deduce que la pena sea esencialmente retribución ni tampoco únicamente causaciòn de un mal. Pues de la desaprobación de una conducta se puede derivar igualmente la consecuencia de que tiende a su futura habitación en el sentido de su influencia resocializadora" [263].

Uno de los aspectos que a nuestro entender ha influido en el predominio de la teoría retribucionista es que el interés por la retribución es consustancial a la naturaleza humana independientemente del derecho. Por tanto, aunque desde el punto de vista normativo o abstracto existan orientaciones claras con respecto del carácter preventivo de la pena, resulta difícil impedir que en el proceso de individualización judicial y administrativa surjan en los intervinientes (víctimas, jueces, acusadores, autoridades administrativas, observadores, etc.) los impulsos instintivos que generan el interés por utilizar la pena como medio de retribución. Para que esos impulsos dejen de tener incidencia en la determinación de la pena, independientemente del derecho, se requiere de una transformación radical de la conciencia de los actores, mediante sólidos procesos de formación que conduzcan al predominio de la razón por encima de los instintos y las pasiones humanas.

1.2 CONCEPTO NEGATIVO DE PENA

El concepto negativo de pena parte de la premisa de que la pena es el instrumento menos efectivo de todos los que existen como medio de solución de la conflictividad social. "El modelo punitivo es poco apto para la solución de los conflictos pues cuando prisioniza no resuelve el conflicto, sino que lo suspende, o sea, lo deja pendiente en el tiempo, dado que por definición excluye a la víctima. Es la dinámica social la que, en el modelo punitivo, disuelve el conflicto, que la intervención estatal lanza al tiempo para que lo borre" [264]. A partir del concepto negativo, la pena es un mero hecho de poder político del que es imposible deducir ningún fundamento jurídico racionalmente concebible. Tampoco la pena sirve para alcanzar los fines proyectados en las legislaciones penales, muy por el contrario los resultados que de ella se derivan son, por lo general, opuestos a los pregonados en los discursos legitimantes. Así el concepto negativo de pena expuesto por Zaffaroni, reza así: la pena es " (a)una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes" . Según el propio Zaffaroni, este concepto de pena es mucho más amplio que el tradicional, pues permite "poner de manifiesto el poder punitivo del Estado en toda su dimensión" , abarcando tanto las penas lícitas como las ilícitas.

263 ROXIN, p. 99.
264 ZAFFARONI, Eugenio R., Manual de Derecho Penal, p. 39.
265 ZAFFARONI, pàg. 45.
266 ZAFFARONI, pàg. 46.

En consecuencia, el concepto negativo de pena implica un discurso que incluye ***"las torturas, los apremios, las victimizaciones por el poder penal subterráneo, los fusilamientos o ejecuciones sin proceso, los secuestros, etc., y los agravamientos ilícitos de penas lícitas, como las violencias, maltratos, riesgos de contagio, de suicidio o de enfermedad física o mental, de lesiones, mutilaciones, violaciones, etc. Sin duda que todo este ejercicio del poder punitivo es penal (son penas), aunque se trate de penas ilícitas. Este concepto importa adoptar una idea amplia de pena, como categoría que permite al derecho penal distinguir entre penas lícitas e ilícitas, pero que le impide ignorar la penalidad de las coacciones ilícitas, lo que tiene consecuencias prácticas en las decisiones pautadoras de casos particulares"***[267].

El punto de vista de Zaffaroni resulta sumamente acertado, a tal punto que es difícil contradecirlo si se toma en cuenta el modelo de ejercicio del poder punitivo practicado en la mayoría de las naciones latinoamericanas. Se trata de modelos en los que de forma constante y permanente operan dos sistemas punitivos de manera interconectada. Por un lado se encuentra el sistema de penas ilícitas, que son las enunciadas por Zaffaroni más arriba, y que al decir del propio Estado son "imprescindibles" para alcanzar algún nivel de eficacia en la persecución penal prejudicial y, por el otro lado se encuentran las penas lícitas, es decir aquellas establecidas formalmente mediante los procesos de determinación legal, judicial y administrativo. Tradicionalmente estas penas son las que han servido de plataforma al discurso tradicional sobre la pena dejando de lado o ignorando la realidad de las penas ilícitas. La ausencia de un discurso que incorpore las penas ilícitas a los procesos argumentativos que se dan alrededor del poder punitivo del Estado se ha constituido en un factor legitimante y propulsor de una fuente inagotable de impunidad frente a acciones aberrantes practicadas por las agencias represivas del Estado.

Una cantidad importante de imputados sufren con mayor rigor y con consecuencias más brutales para su integridad física y síquica los efectos de las penas ilícitas que los que se derivan de las decisiones punitivas dictadas formalmente de acuerdo a la ley. Y lo anterior es así porque las penas ilícitas son precisamente las que el legislador por su carácter brutal e inhumano ha repudiado en los procesos de determinación formal.

1.3 CARÁCTER SANCIONADOR DE LA PENA EN EL CONCEPTO TRADICIONAL

Aunque en teoría se plantee la persecución de fines preventivos, quiérase o no, la pena en la medida en que es un acto de poder coactivo del Estado que priva

267 ZAFFARONI, pàg.46

al individuo del ejercicio de algún derecho, constituye un castigo o un mal, cuyo sufrimiento recae sobre el que ha sido declarado culpable de la realización de algún delito. El carácter sancionatorio de la pena no es discutible, pues sobre ese particular hay consenso entre los estudiosos más acreditados de este fenómeno sin importar la corriente que defiendan. Mir Puig, al referirse a ese punto sostiene que "la pena es sin duda un castigo. Aquí no valen eufemismos, y también la teoría preventiva debe empezar por reconocer el carácter de castigo de la pena ". La construcción del concepto de pena a partir de lo que ésta significa conduce necesariamente a una definición que ponga en perspectiva su carácter aflictivo, en razón de que hay tres aspectos relacionados con su naturaleza que impiden explicar su sentido a partir de otro criterio. Veamos:

a) Es una imposición estatal de carácter coactivo frente a un hecho considerado socialmente reprochable. El proceso de determinación de la pena en cualquiera de sus niveles procura siempre escoger modos de punición cuyo efecto en el condenado sea contrario a sus expectativas personales normales y a sus deseos, de tal manera que nunca una pena se constituya en una fuente de placer, ni de auto realización, sino más bien en un acto de poder repudiado tanto por quien lo sufre como por quien observa su imposición.

b) La pena implica siempre la privación de derechos. La restricción forzosa total o parcial en el ejercicio de un derecho subjetivo en perjuicio de una persona, siempre será un acontecimiento perturbador para ese ciudadano. En el ámbito del derecho penal la perturbación sufrida por el condenado como consecuencia de la pena es por lo general brutal en razón de que los derechos que se restringen o se limitan casi siempre afectan bienes jurídicos esenciales como la libertad, la vida o el patrimonio.

c) La pena se fundamenta en la culpabilidad. Como la pena resulta de la declaratoria de culpabilidad, detrás de su imposición subyace un reproche por una mala acción. En consecuencia, más que un premio, la pena es un gravamen impuesto al condenado como consecuencia de la realización de acto reprobable por el derecho penal.

Partiendo de los tres aspectos anteriores y haciendo abstracción del derecho positivo, la pena, por lo general se define como l***a sanción jurídica y proporcional basada en la culpabilidad que surge como consecuencia de un acto delictivo.*** De esa misma estirpe es el concepto de pena de Carrara: ***"el mal que, de conformidad con la ley del Estado, infringen los jueces a los que han sido hallados culpables de un delito, habiéndose***

268 MIR PUIG; p. 119.

observado las debidas formalidades"[269]. El legendario autor italiano entiende que con la imposición de una pena el Estado reafirma la vigencia del orden jurídico impuesto por el Derecho y al mismo tiempo procura el restablecimiento de la confianza social en ese orden.

1.4 EL FIN DE LA PENA: DE LO ABSTRACTO A LO REAL

Tal y como lo hemos venido planteando desde el análisis anterior, no existe un criterio universalmente aceptado que explique de forma concluyente cuál es el fin perseguido por el Estado a través de la imposición de una pena [270]. De las seis principales teorías que en el ámbito de la dogmática intentan explicar la cuestión del fin de la pena, las tres más recientes son: a) la teoría unificadora preventiva de Roxin, b) la teoría de la reafirmación del orden jurídico de Jakobs (Prevención general positiva), y c) el concepto negativo de pena, que le atribuye un político y sólo legitima su existencia de forma excepcional. (Zaffaroni).

Roxin, tal y como ya lo hemos señalado, rechaza de plano la posibilidad de considerar la retribución dentro de los fines de la pena . En cambio sostiene lo que él denomina ***"la teoría unificadora preventiva"***, en virtud de la cual el fin de la pena es la prevención general y la prevención especial, excluyendo la retribución.

Jakobs, por su parte, formula una teoría sobre el fin de la pena en la que retoma parcialmente el criterio expuesto por Carrara hace ya más de un siglo con respecto a la defensa del derecho. Para Jakobs la pena es un medio que permite constatar que la "estabilidad normativa (el orden jurídico) de la sociedad permanece inalterada" [272]. Esa es la función manifiesta de la pena, la cual según su parecer "no excluye aceptar como función latente una dirección de motivación". En la medida que mediante el cumplimiento de la función manifiesta se excluyen comportamientos delictivos, se disuaden los impulsos de potenciales practicantes de actos antijurídicos, llegando hasta surtir algún efecto intimidatorio, opera de forma complementaria la prevención general como función latente de la pena[273].

269 CARRARA, p. 34.-

270 Sobre la cuestión del fin de la pena llama la atención en la coincidencia entre algunos autores clásicos como Carrara con el punto de vista de penalistas modernos como Jakobos, lo que indica que los nuevos pensadores del derecho penal actual estarían retomando el punto de vista la escuela clásica con respecto al fin de la pena. En su Programa de Derecho Criminal el legendario autor italiano, sostiene el siguiente alegato sobre el fin de la pena: "El fin de la pena no consiste en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que se atemoricen los ciudadanos, ni en que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga la enmienda. Todas estas pueden ser consecuencias necesarias de la pena, y algunas de ellas pueden ser deseables, pero la pena continuaría siendo un acto inobjetable, aun cuando faltaran todos estos resultados. El fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad. El delito ofende materialmente a un individuo, o a una familia o a un número cualquiera de personas, y el mal que causa no se repara con la pena. Pero el delito agravia a la sociedad al violar las leyes y ofende a todos los ciudadanos al disminuir en ellos el sentimiento de su propia seguridad y al crear el peligro del mal ejemplo". (Programa de Derecho Criminal, parte general volumen II, p. 615 ss.)

271 ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, p. 98. primera edición. Civitas. Madrid. 1997.

272 JAKOBS, Gunther, Dogmática de Derecho Penal y la Configuración normativa de la sociedad. p. 41, CIVITAS. Madrid. 2004.

273 JAKOBS, p. 42.

De lo anterior se desprende que el fin de la pena es el restablecimiento del orden establecido. Cada vez que ocurre un delito, se produce un ataque lesivo al orden vigente, al castigar al autor de ese delito el Estado cumple su deber de hacer efectivo la materialización del derecho penal en el ámbito de las consecuencias que se derivan del delito. De ahí surge la pena como el medio fundamental utilizado por el derecho penal para el cumplimiento de sus fines de orden. La pena, aun implique un castigo o sanción, su finalidad es la defensa del derecho.

Zaffaroni, por su parte, al considerar la pena como un mero hecho político, rehúsa validar ningunas de las teorías tradicionales vigentes, en cambio es partidario de un derecho penal mínimo de inspiración liberal. Según su parecer, "con la pena, se debiera intervenir solo en conflictos muy graves, que comprometan intereses generales y en los que de no hacerlo, se correría el riesgo de una venganza privada ilimitada. De este modo el poder punitivo estaría siempre junto al más débil" . Por lo visto, la tesis de Zaffaroni con respecto a la pena es coincidente con la expuesta por Carrara y Jakobs, en razón de que entiende, aunque desde una perspectiva minimalista extrema, que en casos excepcionales, para evitar "una venganza privada ilimitada" puede recurrirse a la pena.

En nuestra opinión, la dogmática no ha logrado influir determinantemente en la concreción del Derecho penal real, aunque sí es notoria su autoridad en el plano abstracto, es decir, en el ámbito de la determinación legal. su papel es desarrollar los puntos de vista científicos con la loable intención que sirvan de orientación en cuanto a lo que debe ser el fin de la pena y de ese modo aportar la materia prima para cubrir de estética la retórica legislativa y judicial. Sin, embargo es la realidad social y política de un momento histórico determinado la que dictamina el objetivo del ejercicio del ius poniendi. Por lo menos hasta este momento ha sido así.

El fin que persiga un Estado o una sociedad a través de la pena es una cuestión de hecho y por tanto no puede constatarse, a través ni de la dogmática, ni de la retórica del legislador, ni del discurso del juez al momento de justificar sus decisiones ni mediante la función enmendadora que en abstracto se le suele atribuir a los procesos de ejecución de la pena en el orden administrativo. Para verificar cuál es el fin de la pena en un sistema de justicia real, se hace necesario determinar tomar en cuenta los siguientes elementos:

1 La orientación de la política criminal vigente.
2 Las expectativas sociales del momento.
3 Los sectores que se benefician directamente de la imposición de pena.
4 El papel que ésta desempeñe en la legitimación de los que gobiernan.
5 Los factores reales que influyen en la determinación judicial, y
5 Cómo se lleva a cabo el proceso de ejecución.

274 ZAFFARONI, p. 64

No es posible deducir el fin de la pena a través del discurso abstracto del legislador, pues esto solo sería posible en el supuesto de que existiera coherencia en los tres niveles de determinación de la pena, es decir, en el legal, en el judicial y en el administrativo. La coherencia a la que nos referimos es a la correspondencia entre lo dispuesto por la ley y lo ejecutado en la realidad. En los sistemas en los que no hay coherencia entre los procesos de determinación legal, judicial y administrativo, el verdadero fin de la pena queda determinado por el tipo de penas impuestas por los jueces y por el modo de ejecución real y concreto llevado a cabo por las autoridades administrativa.

1.5 EL SISTEMA PENAL DOMINICANO ES INCOHERENTE CON RESPECTO AL FIN DE LA PENA

Si analizamos derecho penal positivo vigente en los últimos tiempos, fundamentalmente a partir de las orientaciones asumidas por el legislador, podemos percibir con cierta facilidad la coexistencia de dos discursos paralelos y al mismo tiempo contradictorios sobre la pena. Por un lado se observa un predominio (de carácter meramente retórico) de los postulados de las teorías relativas o utilitarias de modas hoy en día en la mayoría de las declaraciones de principios de los Códigos penales modernos. Sin embargo, cuando examinamos los procesos de determinación o individualización legal de la pena aplicable a cada delito, así como los procesos de determinación judicial de la pena en los casos concretos, el predominio de la orientación retribucionista resulta más que evidente[275].

La afirmación anterior se puede demostrar fehacientemente con solo analizar el comportamiento tanto del legislador dominicano como de la jurisprudencia. En el proceso de determinación legal de la pena, nuestro legislador moderno, al igual que el antiguo, sigue aferrado a la pena privativa de libertad grave, y sólo recurre a las medidas de seguridad de forma accesoria y para delitos de bagatela. Y en el ámbito judicial, que es el escenario donde se resuelven los conflictos penales reales, prevalece de hecho el concepto de hacer justicia, frente a aquel que con su conducta delictiva haya causado un mal a otra persona, aunque en la retórica justificativa de la pena se apelen a ornamentos argumentativos de corte utilitarios. De igual modo predomina con mayor crudeza en los tribunales la tendencia a la imposición de penas privativas de libertad largas, partiendo no en pocas ocasiones del criterio reaccionario de que no hay delito sin pena.

Pero donde con mayor rigor se puede demostrar el predominio real de las teorías retribucionistas de la pena es en el ámbito de la ejecución. Desde los tiempos de Von Liszt, con su proyecto alternativo se ha venido consolidando el criterio de que el

275 Sobre el predominio de las teorías retribucionistas, RIGHI, Esteban, Teoría de la Pena, p. 18. Editorial Hamurabi. Buenos Aires 2001.

proceso de ejecución debe llevarse a cabo con fines exclusivamente de resocializacion del condenado de cara a hacer efectivo el carácter preventivo especial de la pena y en esa línea se han venido legitimando en el derecho comparado la teoría de la Unión, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas de 1955 y reafirmada en los Principios de 1990, así como todo los pactos internacionales y la legislación penitenciaria interna[276]. Sin embargo, el Estado dominicano nunca se ha interesado por la creación de un sistema penitenciario que haga realidad la implementación de un programa integral de resocializacion para condenados. Apenas hoy existe un proyecto piloto denominado Nuevo Modelo Penitenciario que es una realidad gracias a la cooperación internacional que ha exhibido algún interés en el tema, pero ese modelo tiene a nuestro juicio una falla de origen: no cuenta con un programa educativo integral y focalizado científicamente hacia la población carcelaria a través del cual se haga efectiva la implementación de un verdadero programa de resocializacion. Tradicionalmente en las cárceles se producen todos los fenómenos que niegan la posibilidad de la resocializacion: hambre crónica, hacinamiento, maltratos, insalubridad, torturas y desatención oficial en el plano educativo integral.

Con lo anterior no estamos desconociendo la saludable influencia que han ejercido las teorías preventivas en el derecho penal moderno, gracias a lo cual hemos asistido a un paulatino, pero innegable proceso de racionalización y humanización de la reacción estatal frente al delito. Sin embargo, la tendencia actual a seguir dependiendo de penas privativas de libertad cada vez más graves aplicables en supuestos delictivos, muchas veces en donde el interés público ni siquiera está del todo claro, constituye un indicador de que el interés por la punición se inspira todavía más en la retribución que en la prevención.

Para que la pena pueda tener un fin resocializador debe ser lo menos aflictiva posible, en razón de que resultaría inconcebible llevar a cabo con efectividad la tarea de la resocializacion a través del padecimiento y del castigo. De todos modos la privación de derechos que va ineludiblemente asociada a la noción de pena revela el principal elemento configurador de su naturaleza advertido ya hace varios siglos por Grocio: "El padecimiento de un mal a causa de una mala acción"[277]. El escueto concepto de pena expuesto por el legendario ius naturalista pone de manifiesto que la pena es un mal o castigo que surge como reacción a un acto humano considerado por la sociedad como una "mala acción". Si se quiere resocializar a través de la pena, el Estado deberá abandonar los tipos de penas que impliquen mayor aflicción y recurrir a modalidades punitivas de reacción frente al delito en las que predomine principalmente su naturaleza reformadora y educativa y en mínimo rigor el carácter aflictivo.

276 La República Dominicana es signataria de los principales instrumentos internacionales sobre tratamiento de los reclusos. Sobresalen en ese sentido Las Reglas Mínimas aprobadas por las Naciones Unidas en 1955, Los Principios aprobados por ese mismo organismo en el año 1990, El pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Polítticos, La Convención Americana de Derechos Humanos entre otros. Ver Derecho Procesal Penal. Escuela Nacional de la Judicatura, p. 498.

277 CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Parte General, p. 33, Volumen II, Segunda reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis, S. A. Santa Fe de Bogota. Colombia. 2000.

1.6 PENA Y DERECHOS HUMANOS

Parece curioso, pero no es frecuente que el tema de la pena se vincule al de los derechos humanos. Es como si se tratara de horizontes tan extraños el uno del otro, que cualquier examen vinculante deviene en impertinente, cuando no en absurdo o en demasiado obvio. Por naturaleza toda pena implica una lesión a algún derecho fundamental, que puede ser la libertad, la vida, la integridad física, el patrimonio, los derechos civiles y políticos, etc. El hecho de que esa agresión esté formalmente legitimada por el derecho, sobre la base de justificaciones políticas razonables o no, es una circunstancia que no desnaturaliza el carácter lesivo a los derechos fundamentales que posee toda pena.

Ana Messuti, hace una reflexión sobre este tema de extraordinaria profundidad en su obra "El tiempo como pena". En su razonamiento, la distinguida autora sostiene: "parecería extraño referirse a las penas previstas por el derecho penal como violaciones de los derechos humanos" [278]. Esta realidad develada por Messuti, probablemente se debe a que tradicionalmente ha sido tan contundente y penetrante el discurso legitimador del ius puniendi, que en lo menos que se ha pensado es si esa facultad punitiva del Estado, aun limitada por el principio de legalidad y por el catálogo de garantías a favor de los ciudadanos establecidas en el ordenamiento jurídico, es una facultad que al ser ejercida implica de forma ineludible un proceder atentatorio contra los propios fines que se auto atribuye el Estado de ser garante de los derechos humanos de las personas, incluyendo los justiciables y del estatuto de libertad.

El razonamiento anterior permite que se pueda descartar de plano la idea de la retribución, pues no es admisible que el Estado recurra a un método violatorio de los derechos humanos con el único propósito de hacer venganza. Otra consecuencia que se deriva del criterio anterior es que si toda pena implica una privación o restricción de algún derecho fundamental protegido por la Constitución, resulta razonable que en el proceso de determinación, en cualquiera de los niveles, se plantee con cierto interés el tema de la constitucionalidad de la pena. Este tema no suele abordarse con frecuencia quizás debido al avasallante predominio de los criterios de política criminal que ven en la pena un instrumento indispensable en la reacción estatal frente al delito, sin embargo el hecho de que la pena se justifique socialmente, no por ello es constitucional. Es como si aceptáramos como válido el argumento de que todo acto socialmente justificado, está de acuerdo con la Constitución.

Sigue diciendo Messuti: "El derecho penal está legitimado, dadas determinadas condiciones jurídicas, políticas e institucionales, para establecer la pena" [279], pero la misma autora establece claramente que esa circunstancia no libera a la pena como un instrumento de violación de los derechos humanos, porque el mismo nivel de legitimación lo tuvieron los suplicios, los descuartizamiento, la horca, las torturas, y sin embargo esas formas de punición "ahora no vacilaríamos en calificar de violaciones de los derechos humanos" [280].

278 MESSUTI, Ana, El tiempo como pena, p. 69. Campomanes Libros. Buenos Aires. 2001.
279 MESSUTI, p. 69.
280 MESSUTI, p 69.

Una reflexión seria sobre la constitucionalidad de la pena, de su esencia agresora de los derechos humanos, pero sobre todo de su cuestionada utilidad como medio de prevención del delito y de solución a la conflictividad social debe conducir a un replanteamiento sustancial de la política criminal y del papel que en esa política debe jugar la pena. En una posible reorientación de la política criminal, la pena debe tener una participación extremamente excepcional, por aquello de que mientras menos penas, menor el número de violaciones a los derechos humanos por parte del Estado. Las penas altamente lesivas como la de muerte y la pena privativa de libertad, conforme siga evolucionando la sociedad y con ella el derecho penal, tendrán un carácter cada vez más excepcional, y en su lugar deberán ensayarse modalidades reacción frente al delito menos agresivas y menos vulnerantes de los derechos humanos.

LECTURA

La pena como prevención de la violencia

"La teoría del derecho penal mínimo (minimalismo o reduccionismo) ha expuesto un concepto de de pena de clara inspiración liberal, que constituye uno de los mas acabados esfuerzos contemporáneos desde esta posición. Según ese concepto, con la pena se debiera intervenir sólo en conflictos muy graves, que comprometen intereses generales, y en los que, de no hacerlo, se correría el riesgote una venganza privada ilimitada. De este modo el poder punitivo estaría siempre junto al más débil: a la víctima en el momento del hecho y al autor en el de la pena. Otros autores postulan un doble garantismo: uno negativo, como límite al sistema punitivo, pero sobre todo, uno positivo, derivado de los derechos de protección que debe prestar el estado, en particular contra el comportamiento delictivo de determinada personas. Este garantismo positivo exigiría un cambio profundo de la política criminal, que de su orientación hacia la eficiencia debiera pasar a la defensa de derechos.

La criminalización actual no cumple esta función, salvo en casos excepcionales. La teoría del derecho penal mínimo reconoce esto y, por lo tanto, propone la reducción racional del poder punitivo. No hay nada objetable en que las agencias políticas traten de disminuir la criminalización primaria a los pocos casos graves en que, por no haber una solución viable, se correría el riesgo de provocar peores consecuencias para el autor y quizás también para la víctima y para terceros y que, además, las agencias judiciales se atuvieran a las estrictas reglas acontantes del derecho penal liberal".

(ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General, p.78. Buenos Aires. 2001).

1.6 CONCEPTO DE MEDIDA DE SEGURIDAD

La medida de seguridad, en cambio, no es la consecuencia de la "mala acción" o delito, sino del estado peligroso del autor y se dirige tanto a imputables como a inimputables. Ranieri la define como "providencias administrativas, con garantía jurisdiccional, consistentes en la privación o disminución de uno o varios bienes jurídicos, que la ley conmina como medios de defensa social contra las personas peligrosas; que el juez aplica a estas, aunque no sean imputables, cuando hayan cometido un hecho considerado delito, o, por vía de excepción, cuando hayan observado una conducta definida de otro modo en la ley penal; y que se ejecutan con modalidades conforme a su fin, que es el de tender hacia la readaptación del individuo peligroso para la vida social" [281].

El anterior concepto no solo define las medidas de seguridad en los términos en que éstas son concebidas en la actualidad, sino que al mismo tiempo establece las condiciones normativas mínimas para su determinación y aplicación como, por ejemplo, el principio de legalidad de la medida de seguridad, en el sentido de que toda medida debe estar definida en la ley, el carácter jurisdiccional de su aplicación, la realización de un hecho delictivo como presupuesto fundamental para su aplicación, el fin de protección social y de readaptación que se persigue con las medidas de seguridad [282].

La pena es un acto de fuerza mucho más ancestral que la medida de seguridad y su vigencia ha sido constante, permanente, generalizada y común a todas las sociedades en todos los tiempos, por lo que su origen se sitúa en etapas anteriores a la aparición del Estado[283]. Sin embargo, no obstante constituir la pena un fenómeno tan determinante en el orden social, todavía no existe un criterio universalmente aceptado sobre que es la pena, cuál es su fundamento y la función que ésta cumple en la sociedad.

1.4 DIFERENCIAS ENTRE PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD

En un primer momento del proceso de evolución del derecho penal la distinción entre pena y medida de seguridad pudo establecerse a través de la finalidad de cada uno de esos instrumentos de reacción frente al delito. Si la pena tenía un fin expiatorio, la medida tenía un fin tutelar. Si la pena es la consecuencia del hecho culpable, la medida es la consecuencia del estado peligroso. Si la pena es para imputables, la medida es para inimputables. Si la pena es determinada, la medida es indeterminada. Sin embargo, esos criterios de diferenciación han tenido que ir siendo abandonados en la medida en que las teorías preventivas han ido proyectando una finalidad de

281 RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal, Tomo II, Parte General, pág. 374. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá- Colombia, 2000.
282 Sobre el tema de las medidas de seguridad, ver a Righi, p. 54 y ss.
283 CARRARA, p. 36

carácter preventivo a la pena, lo que ha traído como consecuencia que tanto la pena como la medida de seguridad sirvan a los mimos fines. En la actualidad las medidas de seguridad se le aplican tanto a imputables como inimputables. En ese mismo sentido hoy en día muy pocas medidas de seguridad son indeterminadas, en razón de que para su imposición se procura aplicarle ciertos criterios de proporcionalidad.

En los últimos tiempos ha tomado mucho auge en las legislaciones modernas el denominado sistema vicarial o de aplicación conjunta. En este sistema el criterio de diferenciación entre pena y medida de seguridad parte de la justificación de la reacción estatal. La pena es una "reacción que mira al pasado, porque presupone entonces la culpabilidad del autor por la comisión de un hecho antijurídico"[284]. La medida de seguridad en cambio mira hacia el futuro, "ya que presupone una peligrosidad duradera del autor" [285]. Gracias a este sistema la pena impuesta en determinados casos puede ser sustituida por medidas de seguridad. Además, tal y como lo expresa Righi, "una vez cumplida la medida de seguridad, el tiempo de la misma es computado para el cumplimiento de la pena, pudiendo el juez optar entre ordenar que se cumpla el remanente o resolver la remisión condicional, considerando el pronóstico de conducta en función de la personalidad del sujeto y las exigencias de defensa social[286]. Este sistema ha sido incorporado aunque tímidamente en la legislación dominicana principalmente a través de la ley 50-88 sobre drogas y en el Código Procesal Penal, mediante el sistema de suspensión condicional de la pena. Sin embargo, al sistema vicarial se le formulan algunas críticas razonables.

Como crítica al sistema vicarial se plantea que este modelo crea duplicidades en los procesos de ejecución y excesos en contra de los condenados "que en nada difieren del doble castigo "[287]. De ahí que las nuevas corrientes propugnan porque se cree un modelo en el que converjan las penas y las medidas de seguridad, pero utilizando una estrategia de aplicación judicial optativa, en el sentido de que al momento de llevar a cabo la individualización si el juez impone pena, no debe imponer medidas de seguridad y viceversa[288]. Así mismo, al igual que la pena, la medida de seguridad se rige por el principio de legalidad, en el sentido de que toda medida debe estar prevista en la ley y en virtud de presupuestos previamente establecidos. De igual modo deben ser impuestas por un órgano jurisdiccional, mediante un proceso y por último la medida de seguridad debe ser proporcional tomando como base el hecho que la genera[289].

En conclusión, en un sistema penal que por lo menos en teoría adopte preponderantemente los criterios de prevención como fin esencial de la pena, no hay posibilidad de establecer diferencias desde el punto de vista teleológico entre las me-

284 RIGHI, Esteban, Teoría de la Pena, p. 57. Editorial Hamurabi. Buenos Aires. 2001.
285 JESCHECK, Tratado de Derecho Penal. Parte General, pàg. 74 y ss; Basigalupo, Derecho Penal. Parte General, p. 49
286 RIGHI, p. 59.
287 RIGHI, p 59.
288 RIGHI, p. 60.
289 RIGHI, p. 61.

didas de seguridad y la pena. En esos mismos términos se pronuncia Roxin: "Resulta por tanto que el fin de la pena y de las medidas de seguridad no se diferencian en esencia. Ciertamente, los fines preventivos se persiguen las medidas de seguridad de una forma diferente y que la mayoría de las veces contrasta también con la orientación de los cometidos de la pena en el caso individual, pero la tendencia fundamental preventiva es la misma"[290].

1.9 EL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

En la medida en que la pena constituye un castigo, es decir, mientras su carácter aflictivo sea no solo una consecuencia inevitable derivada de su naturaleza, sino además un fenómeno inducido intencionalmente por constituir un objetivo estatal y social subyacente con profundas raíces en los impulsos de venganza, la prevención especial a partir del principio resocializador resulta esencialmente inviable, por la sencilla razón de que la noción de castigo y la de educación son concepto antinómicos. Un escenario de castigo no puede servir al mismo tiempo como medio de reeducación. Para que un proceso de resocialización sea viable a través de la pena debe producirse una inversión sustancial de la estrategia política que orienta todas las variables que integran el sistema penal, desde la determinación legal hasta la individualización administrativa y, como consecuencia de ello, la noción de castigo que va a asociada a la pena debe tener un carácter extremadamente accesorio, a tal punto, que no sea perceptible preponderantemente por el condenado. En cambio, la vertiente resocializadora debe tener un carácter principal, perceptible a través de la materialización de una transformación radical de la infraestructura a través de la cual se llevan a cabo los procesos de ejecución, en combinación con una política de determinación judicial que repudie cualquier impulso de carácter retributivo o de venganza al momento de imponer una sanción. En la implementación de una estrategia resocializadora el castigo debe consistir única y exclusivamente en obligar al condenado a tener que agotar un programa de resocializacion determinado en función de las características personales particulares a cada condenado y del tipo de pena impuesta. La pena siempre debe ser determinada a partir de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, sin embargo la ejecución o el cumplimiento debe ser definido mediante un sistema integral que incluya privación de libertad por internamiento, cumplimiento de metas educativas y terapéuticas, cambios positivos en la conducta, pudiéndose variar el internamiento total por modalidades de cumplimiento fuera de los centros penitenciarios.

290 ROXIN, p. 104.

LECTURA

Legitimidad de las medidas de seguridad

Desde la adopción de sistema de "doble vía", las razones de utilidad social que explican la existencia de medida de seguridad se vinculan con las tradicionales teorías preventivas, que han puesto de manifiesto una evidente imposibilidad para fundamentar por qué es legítimo que el Estado las utilice.

Demostrando la insuficiencia de los criterios utilitarios y de oportunidad para fundamentar las medidas, se sostuvo la necesidad de limitarlas, argumentando con el elocuente ejemplo de que "aunque sea conveniente castrar a un hombre que tiene por hábito la violación de mujeres, con ello no se resuelve el problema de si al Estado le es permitido actuar de esa manera".

Al igual que respecto de la pena, con los principios de utilidad y finalidad de las medidas de seguridad no se logra en modo alguno justificar la intervención en contra del individuo, ya que tales razones en el mejor de los casos solo demuestran su conveniencia, pero no tiene la virtud de establecer su intangibilidad ética. De la clara comprensión de que jamás la sola utilidad social puede justificar la aplicación de un medio, se concluye que solo su admisibilidad ética es lo que puede establecer una limitación ante los excesos propios de un poder estatal totalitario

Fue por ello que se propuso en relación a las medidas de seguridad, que debía servir de base el principio ético-social general, de que solo puede participar en forma íntegra de la vida en comunidad el que se deja dirigir por sus normas, por que quien como el enfermo mental no es capaz de autodeterminarse por carecer de libertad interior, no puede pretender una total libertad social.

Pero no ha sido ese el punto de vista seguido por la doctrina dominante, pues se adjudica a las medidas "un carácter puramente preventivo especial", "cuya única finalidad consiste en combatir con intervenciones terapéuticas, de aseguramiento o de eliminación de peligrosidad del autor para el futuro, expresada en el hecho y en su vida anterior", siendo por ello que su "cometido primario es en todo caso preventivo especial porque, con la ayuda de la medida de seguridad, se trata de evitar futuros actos delictivos del afectado por ella".

La evaluación ulterior que se ofrece desde el punto de vista de la "prevención general positiva", si bien al describir el derecho vigente establece una distinción según se trate de medidas "complementarias" de la pena que se imponen a sujetos culpables, de las que se imponen "En lugar de la pena", permite:

a) En primer lugar, reconocer como pauta de legitimación para las medidas, su vinculación con la estabilización de las normas.

b) En la medida en que se pone de manifiesto que la distinción con las penas, solo es posible de las medidas que reemplazan a la pena, permite calificar las llamadas "complementarias" como auténticas penas, a las que se adjudica otra denominación en virtud de un "fraude de etiqueta" destinado a encubrir que su imposición no respeta pautas de culpabilidad por el hecho.

Queda así expresado por qué no debe considerarse legítimo que el sistema de reacciones permita la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad, ni siquiera bajo las modalidades de la solución de compromiso que representa la adopción del sistema vicariante. La medida de seguridad criminal debe estar reservada para adultos inimputables y menores infractores, por lo que no debe ser aplicada a imputables, como sucede en el derecho argentino con la reclusión por tiempo indeterminado prevista para el homicidio calificado (Artículos 52 y 80 del Código Penal).

La objeción no desaparece aunque se considere que la llamada "medida accesoria" prevista en el articulo 52 del código penal es una pena poniendo de manifiesto su verdadera naturaleza, pues como tal resulta lesiva al principio de culpabilidad por el hecho.

Las normas constitucionales que garantizan al ciudadano, cuando en su contra se formulan pretensiones punitivas de cualquier naturaleza, resultan aplicables a los casos en que el Estado pretende imponer medidas de seguridad por lo mismo, es incompatible con la idea del estado de derecho, un sistema de reacciones penales que consagre "medidas de seguridad predelictuales", como ocurre entre nosotros con la regla contenida en el párrafo III artículo 2 de la Ley 22.278 que establece el "régimen penal de minoridad".

(RIGHI, ESTEBAN, Teoría de la Pena, pp. 63-64. Editorial Hamurabi. Buenos Aires. 2001

2. LAS PENAS. CLASIFICACIÓN: PRIVATIVAS DE LIBERTAD, DE OTROS DERECHOS Y MULTAS

2.1. CRITERIOS FILOSÓFICOS Y POLÍTICOS QUE INFLUYERON EN EL SISTEMA DE PENAS ESTABLECIDO EN LA REPÚBLICA DOMINICANA.

2.1.1 Pena y desarrollo social

El tipo de penas utilizado en una sociedad para reaccionar frente al delito lo determina factores diverso dentro de los cuales se encuentran por lo general los patrones culturales, determinadas circunstancias históricas, el grado de civilización

alcanzado, las institutuciones económicas y políticas prevalecientes, la ideología impuesta por el liderazgo dominante, así como las necesidades de orden y seguridad que se tengan en un momento dado[291]. Esos factores influyen de igual modo en el significado que tenga la pena para el Estado y para el colectivo social en general, así como el fin que se persiga con su imposición.

Al estudiar la evolución del derecho penal, que es en gran medida la evolución de la pena, nos encontramos que se trata de un proceso estrechamente vinculado con la marcha de la sociedad y con el grado de civilización que se va alcanzando paulatinamente. La constante es que la sociedad atrasada utiliza penas graves de forma indiscriminada, sin embargo, las sociedades avanzadas tienden a racionalizar la determinación de las penas, solo recurriendo a los tipos de penas altamente lesivas de forma excepcional y para conjurar apremios de seguridad o tendencias conductuales altamente peligrosas para la paz.

La pena existe desde que surgieron las formaciones sociales más básicas. Tradicionalmente se ha planteado que su aplicación fue inicialmente impulsada por el deseo de venganza en contra del hombre que incurría en la comisión de hechos considerados dañosos. El ejercicio de la venganza como derecho en principio residía en la persona del ofendido (venganza privada). Luego esta facultad le fue traspasada al jefe religioso quien actuaba por mandato de los dioses (venganza divina). Sin embargo, con la aparición del Estado como institución de poder, este hizo suya de forma monopólica la potestad de imponer pena, originándose así el concepto de venganza pública[292].

No cabe duda que al ser la venganza el sentimiento primario impulsor de la actividad punitiva, ésta sirviera de instrumento para que a través de ella afloraran los sentimientos más oscuros y las manifestaciones humanas más brutales. De ahí que la historia de la pena es la historia de las formas más crueles e inhumanas de atentar contra la integridad física y moral de una persona, siendo a través de su aplicación en que el hombre ha puesto de manifiesto sus más desalmados instintos de agresión contra sus semejantes.

La pena de muerte en sus diversas formas ha sido el instrumento de castigo más utilizado por el derecho penal. La crucifixión, el descuartizamiento, la horca, la rueda, el fuego, las tenazas, son apenas algunos de los brutales métodos utilizados para aplicar la pena de muerte a través de la historia.

291 MIR PUIG., S. p. 676. En esta obra el autor hace un análisis interesante de la evolución de la pena privativa de libertad, en el que vincula las estructuras políticas económicas y sociales como factores a tomar en cuenta en los procesos de determinación de la pena.

292 Sobre el origen de la pena y del Derecho penal, Francisco Carrara dedica el segundo tomo de su Programa de Derecho Criminal. Editorial Temis, S. A., Santa Fe de Bogotá- Colombia. 2000.

293 CARRARA, F., Derecho Penal, P. 59, Impresora Castillo Hnos. México. D.F., Oxford, 2000.

La utilización constante y de forma indiscriminada de la pena de muerte a través de la historia es una evidencia que desmiente cualquier teoría que le asigne a este tipo de sanción utilidad alguna para prevenir o disuadir la realización de determinados delitos, pues ninguna sociedad tiene constancia de haber erradicado o disminuido la práctica delictiva a través de la pena de muerte. Con relación a su aplicación la historia registra algunos ejemplos escalofriantes que ponen de relieve la brutalidad demencial que ha primado en la realización del derecho penal. Por ejemplo, al magistrado germano Carpzovio se le atribuye haber dictado veinte mil sentencias de muerte a igual número de ciudadanos y en Paris, en los primeros veinticinco años del siglo XVIII, fueron ejecutadas sesenta mil personas condenadas en virtud de las famosas "Ordenanzas de Francia" [293]. Sin embargo, ni en Alemania ni en Francia se alcanzaron los objetivos intimidatorios con los que se intentó justificar esos dos holocaustos penales.

Es por esa razón que el Código Penal Francés de 1791, que surgió de la Revolución, se ocupó de eliminar la pena de muerte de una gran cantidad de delitos, quedando reservada esa modalidad de castigo solo para los crímenes considerados más graves. Esos dos ejemplos relativamente recientes de uso indiscriminado de la pena de muerte ponen de manifiesto la inutilidad de las penas capitales para alcanzar los fines de ejemplarización y de atemorización perseguidos por el Estado a través del derecho penal, ya que las criminalidad en vez de extinguirse se ha propagado de manera alarmante en el transcurso de los siglos.

2.1.2 El sistema de penas adoptado originalmente en República Dominicana

Al momento de la fundación del Estado dominicano en 1844, el país adoptó el Código Penal francés de 1832, debido a que por circunstancias históricas especiales, ya la sociedad conocía las bondades de la moderna legislación francesa y de su sistema de penas[294]. De manera que a nosotros nos tocó un modelo punitivo resultante directo de las transformaciones políticas y sociales que se dieron en Europa a partir de la Revolución de 1789, así como del influjo decisivo que ejerció el movimiento iluminista en la configuración de las instituciones políticas y jurídicas del Estado liberal democrático de derecho. Para la época, la nuestra era una sociedad social y culturalmente atrasada, pero gracias a la existencia de un liderazgo visionario se hizo posible la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico originario de una legislación penal sumamente avanzada para la época.

El sistema de penas establecido en el Código Penal francés de 1791, implicó una ruptura con el modelo existente antes de la Revolución que dependía fundamentalmente de la pena de muerte. Si bien no se abolió por completo esta pena, la misma solo quedó vigente para crímenes considerados altamente lesivos.

294 CARRARA, F., Derecho Penal, P. 59, Impresora Castillo Hnos. México. D.F., OXFORD, 2000.

294 Decreto número 58 del 4 de julio de 1845. "Desde la publicación del presente decreto, se observaran en todos los tribunales de la República Dominicana, los códigos franceses de la Restauración, con las modificaciones que contiene la ley Orgánica para los Tribunales de ella.". Ver también a PÉREZ MÉNDEZ, A. Código Penal Anotado, libro 1 y 2, Santo Domingo, 1996.-

En la reforma de 1810 la pena de muerte tomó un nuevo impulso debido a los requerimientos de orden que demandaba una sociedad que a penas salía de un estremecedor proceso revolucionario, pero no cabe duda que prevaleció en dicha legislación la preponderancia de la pena privativa de libertad como principal instrumento de punición, lo cual fue confirmado en la reforma de 1832, que fue la versión que se adoptó en la República Dominicana.

Dentro de los principales avances introducidos en el sistema de penas francés se encuentran:

a) La racionalización en la determinación legal y judicial de las penas, mediante el establecimiento de un modelo punitivo diverso y flexible tomando en cuenta la gravedad objetiva de la infracción y el principio de culpabilidad;

b) Preponderancia de la pena privativa de libertad por oposición a la pena de muerte;

c) El establecimiento de un sistema de atenuantes discrecionalmente apreciable por los jueces;

d) El predominio de las penas flexibles por oposición a las penas fijas;

e) El establecimiento del principio de legalidad de la pena;

f) El principio de personalidad de la pena[295] , etc..

Esos avances hicieron de la legislación francesa un verdadero modelo para la época. El factor político determinante que posibilitó la aparición de una legislación de este tipo lo fue, sin duda, el triunfo de la Revolución Francesa en 1789. Sin embargo, en el plano filosófico, no cabe duda que este instrumento legislativo recibió el influjo del pensamiento liberal más avanzado, especialmente a través de la obra de Cesar Beccaria: De los delitos y de las penas, que era a su vez una expresión del pensamiento iluminista. También es notoria la influencia del idealismo alemán, básicamente a través de las teorías absolutas de Kant y Hegel, sin desconocer la presencia del utilitarismo de Bentham.

2.1.3 Instinto y razón en el devenir de la pena

A grandes rasgos podríamos decir que la evolución histórica de la pena ha transitado un trayecto marcado por el enfrentamiento de las dos manifestaciones humanas fundamentales: el sentimiento y el pensamiento, la intuición y la razón. La realidad nos demuestra que se ha impuesto el imperio de la intuición o la irracionalidad y que aun en la actualidad el sentimiento de venganza sigue siendo un agente impulsor determinante en la realización del derecho penal, aunque sin desconocer la notable influencia de las concepciones racionales y humanísticas que intentan ir desplazando paulatinamente el instinto humano del ámbito del derecho penal. Gracias a la indiscutible influencia del racionalismo y del humanismo en el derecho penal, se han logrado

295 RAMOS, L. , Notas del Derecho Penal Dominicano, p. 32. EDITORIAL TIEMPO, S.A., Santo Domingo. 1986

conquistas de incuestionable valor, como las tendencias que propugnan por la eliminación de la pena de muerte, la desaparición por completo de las penas corporales legales, la reivindicación del carácter preventivo y resocializador atribuido a la pena por oposición a las concepciones absolutas, etc. A todo lo anterior debemos agregar que hoy en día existe un cuestionamiento sistemático a la pertinencia, sentido y utilidad de la pena privativa de libertad, situación que ha hecho posible su reemplazo por otras alternativas en una gran cantidad de delitos en un número importante de legislaciones. La tendencia actual es ir reservando su utilización sólo para hechos graves[296].

Ejercicio I

1.- La pena de muerte dejó de existir en la República Dominicana desde el año 1924. Actualmente nuestra Constitución establece que en virtud del respeto al derecho a la Vida esta pena no puede ser impuesta. De igual modo, la Convención Americana de Derechos Humanos y otros pactos internacionales de los cuales el Estado dominicano es signatario prohíben o restringen la imposición de la pena de muerte. Tomando como parámetro el marco normativo constitucional y supranacional antes descrito, así como la realidad que vive nuestra sociedad en cuanto al incremento de la criminalidad, inseguridad ciudadana y ausencia de efectividad en el ámbito de la prevención del delito, haga un análisis sobre la expectativa futura que tiene la pena de muerte en la República Dominicana. De igual modo, elabore una reflexión sobre las ejecuciones mediante "intercambio de disparos" que hace la Policía Nacional y explique si ese tipo de ejecuciones pueden ser consideradas como una modalidad especial de pena de muerte.

2.- Nuestra Constitución establece el principio de inviolabilidad de la vida. En consecuencia, a nadie le puede ser impuesta la pena de muerte ni las torturas ni ninguna otra pena o procedimiento vejatorio o que implique la pérdida o la disminución de la integridad física o de la salud del individuo.(Art. 8, numeral 1). A partir del precepto constitucional anterior, ¿cree usted que la pena de muerte es violatoria de los Derechos Humanos, por qué? Si usted cree que la pena privativa de muerte es violatoria a los Derechos Humanos, porque atenta contra el derecho a la vida, ¿sería violatoria también de los derechos humanos, la pena privativa de libertad, porque atenta contra el derecho a la libertad? Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, ¿que diferencia hay entre la vida y la libertad?, ¿cree usted que todo acto violatorio de los derechos humanos es igualmente inconstitucional?, ¿cree que si la pena resulta útil o necesaria, es por ello un acto conforme a la Constitución o podría ser que siendo útil o necesaria también sea inconstitucional?

296 MIR PUIG, p. 657

2.2. LA PENA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DOMINICANO. EL CÓDIGO PENAL DE 1884

El sistema de penas establecido originalmente en la legislación dominicana desde antes de la fundación del Estado se caracteriza por el predominio de las corrientes retribucionistas de la pena, con escasas influencias de los criterios utilitarios. Nuestro Código Penal, que es una copia del texto francés de la Restauración, se orienta hacia una concepción de la pena basada preponderantemente en la retribución.

De acuerdo con la teoría retributiva, la pena tiene un fin compensatorio, en el sentido de que el autor de un crimen debe sufrir un mal como compensación del mal que él causó con el crimen cometido[297]. En la clasificación de las penas que hace el artículo 1 del Código Penal dominicano, este criterio queda claramente establecido, cuando el legislador denomina penas aflictivas o infamantes, a aquellas destinadas a castigar el tipo de infracciones que el referido texto legal denomina crímenes.

Una pena aflictiva solo procura causar sufrimientos o dolor a quien se le impone y la infamia se refiere básicamente al desprecio, al ultraje, lo que indica que la pena infamante persigue ultrajar, vilipendiar o deshonrar al condenado, lo que constituye un criterio totalmente inadmisible en el marco de la corrientes modernas sobre la pena, que parten de presupuestos humanistas y de respeto a la dignidad de las personas. Sin embargo, es justo señalar que tanto nuestro legislador como la jurisprudencia han dado pasos que demuestran un abandono paulatino de esos conceptos anacrónicos sobre la naturaleza y el fin de la pena establecido en nuestro texto originario. Prueba de ello es la eliminación de la pena de muerte en 1924, luego la supresión de la pena de trabajos públicos en 1984, la puesta en vigencia de la ley 224 sobre el Régimen Penitenciario, así como una clara línea jurisprudencial que expresa la tendencia hacia esquemas reformadores. Tanto es así que nuestra Suprema Corte de Justicia ha casado por lo menos una sentencia tomando como único motivo que el tribunal recurrido estableció en su decisión el concepto de: "se condena a X a sufrir la pena y", concepto que para nuestra Suprema Corte de Justicia es inadmisible por entender que la pena no puede implicar un sufrimiento para el condenado.

2.2.1 Primacía de las teorías absolutas o de la retribución justa en la legislación penal dominicana

Según estas teorías la pena se justifica como retribución justa. Es la sanción o mal impuesto al delincuente para que pague el precio de haber quebrantado la ley penal. Ese mismo fue el criterio general asumido por el legislador francés y, en consecuencia, por el dominicano. Si hacemos un estudio de la estructura de penas vigente en nuestro ordenamiento, así como del comportamiento de las agencias del sistema penal llegamos a la conclusión de que con respecto de la naturaleza de la pena, prima la idea de la retribución.

297 BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, Parte General, p. 11. Editorial Temis, S. A., Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1998.

Un ejemplo bien ilustrativo de lo anterior lo constituye la redacción integral del artículo 1 del Código Penal, el cual establece que "la infracción que las leyes castigan con penas de policía es una contravención. La infracción que las leyes castigan con penas correccionales, es un delito. La infracción que las leyes castigan con una pena aflictiva o infamante, es un crimen". Nótese que la noción de castigo se encuentra presente en los tres niveles de la clasificación y tal y como veremos más adelante las penas correccionales, aunque desde el punto de vista abstracto se le asigne un fin rehabilitador, en la realidad nunca se crearon las condiciones estructurales para su cumplimiento, sino que las penas correccionales y las criminales tradicionalmente se cumplen en el mismo establecimiento.

En realidad nosotros adoptamos el mismo criterio que prevaleció en Francia al momento de poner en vigencia su legislación. El profesor Artagnan Pérez Méndez hace una reflexión similar cuando expresa que "las penas fueron el producto de sentimientos populares donde al infractor se le veía como a alguien que debía castigarse. Jamás se pensó en la enmienda del condenado y en la necesidad de reeducación de los condenados"[298]. De conformidad con ese criterio, la pena debe imponérsele al infractor porque al delinquir éste contrajo una deuda con la sociedad y la única forma de que haya justicia es cuando dicho infractor pague su deuda mediante el cumplimiento de la pena impuesta.

En el momento en que los dominicanos adoptamos el Código Penal napoleónico, ni siquiera en Francia existía todavía una noción clara sobre la concepción enmendadora que se le asignó a la pena a partir de las corrientes positivistas que se originaron en la segunda mitad del siglo XIX en Italia. El concepto retribucionista de la pena como medio de castigo y la intimidación, entendida como medio de prevención general, constituyeron los dos criterios justificativos en el que se fundamentó el legislador al diseñar el sistema de penas establecido en nuestro Código Penal de origen francés. De ahí el propio legislador deja claro que la finalidad de la reacción estatal frente a los delitos más graves es afligir al condenado (pena aflictiva), es decir, causarle dolor o sufrimiento para que pague por el daño que causó a su víctima y a la sociedad. Otro fin perseguido con la pena en nuestra legislación originaria es infamar (pena infamante), ésta tiene por finalidad deshonrar a los condenados. Beccaria se refiere a la infamia como "un signo de desaprobación pública, que priva al reo de la pública admiración"[299]. La degradación cívica es un ejemplo de una pena infamante. Algunos ejemplos clásicos de penas aflictivas, en la muerte, los trabajos públicos y la reclusión.

En la actualidad en nuestra legislación ya han sido suprimidas las dos primeras, por lo que solo prevalece la reclusión. La pena de muerte fue eliminada de nuestra

298 PERE MENDEZ, Artagnan, Código Penal Dominicano anotado, Tomo I, p.145, Editora Taller, Santo Domingo. 1996.
299 BECARIA, P. 44, Ver también, RAMOS, Leoncio, p. 131.

legislación desde 1924 con la ley 64[300]. En lo que respecta a la pena de trabajos públicos, esta fue abolida formalmente desde 1984 con la puesta en vigencia de la ley 224 [224], aunque en verdad este tipo de pena no se aplicaba en la práctica desde la caída de la tiranía de Trujillo en 1961.

2.2.2 Teorías relativas o de la prevención en la legislación dominicana

Si bien ha prevalecido el carácter retributivo de la pena en todo nuestro ordenamiento represivo no puede obviarse el hecho de que algunas variables de las teorías relativas siempre han estado presentes desde que se puso en vigencia el Código Penal en Francia en 1810. En ese texto se crearon nuevos tipos penales y penas más severas con fines intimidatorios y en la modificación de 1832, se reconocieron algunas finalidades utilitarias de la pena orientadas a la prevención especial. El profesor Leoncio Ramos en sus notas del Derecho Penal Dominicano nos dice que en el Código penal francés de 1810, las penas "se consideró que debían ser intimidatorias. Más tarde se entendió que era útil o necesaria, pero que debía ser justa, y de ahí las modificaciones de 1832, de las cuales ya venía influido nuestro código, y, finalmente, el sufrimiento, consecuencia natural de toda pena, dejó de ser su única finalidad ya que hoy, se la considera útil, es no solo para la sociedad, sino también para el delincuente" [302].

El sistema de justicia penal dominicano conforme ha ido adoptando los avances que se han producido en el campo de las ciencias penales cuenta en la actualidad con un sistema mixto de reacción contra el delito, compatible con la teoría de la unión, y esa tendencia es constatable en la legislación, en la jurisprudencia y en el sistema de ejecución penal.

2.2.2.1 Teoría de la prevención general

Los partidarios de esta teoría ven el fin y el sentido de la pena en su poder intimidatorio para la generalidad de las personas. Si examinamos las producciones legislativas de las últimas décadas en la República Dominicana en materia penal, podemos llegar fácilmente a la conclusión que en gran medida nuestro legislador ha ido en procura de asignarle a la pena un fin preventivo general. Dentro de los ejemplos más ilustrativos de este fenómeno se encuentran la ley 36 sobre porte y tenencia de armas de fuego, la ley 50-88, sobre tráfico, distribución y consumo de sustancias controladas y la ley 24-97 sobre violencia intrafamiliar, esta última modificó varios artículos del Código Penal. Este tipo de legislaciones procura dotarse de penas rígidas, altas, y desproporcionadas en cuanto a la relación conducta-pena. Un ejemplo de lo anterior lo constituyeron en su momento la ley 36 sobre armas, la 50-88 sobre

300 RAMOS, Leoncio, pàg. 344, ver también a PÉREZ MÉNDEZ, A., p. 184
301 PÉREZ MÉNDEZ, A. p. 179
302 RAMOS, Leoncio, Notas del Derecho Penal Dominicano, tomo II, p. 63. Editora Taller. Santo Domingo, 1954.

drogas y la 24-97 sobre violencia intrafamiliar. Dichos textos legales hacían obligatoria la prisión preventiva y prohibían el otorgamiento de libertad provisional a favor de quienes se encontraran guardando prisión preventiva. Todas esas arbitrariedades persiguen atemorizar a los ciudadanos con la finalidad de que no incurran en la comisión de esos delitos.

2.2.2.2 Teoría de la prevención especial

La prevención especial entendida como una orientación de la pena que procura la resocializacion del condenado, así como apartarlo de la sociedad mientras dure su proceso de reeducaciòn para evitar que delinca, es un tema relativamente reciente. Pues ni el Código Penal original de 1884, ni el proceso de modificación que siguió a su aprobación, ni las legislaciones posteriores se ocuparon de crear un sistema de ejecución en consonancia con los postulados de la teoría de la prevención especial. Sin embargo, existen algunos antecedentes interesantes, que marcan una cierta orientación del sistema hacia la búsqueda de la resocializacion del condenado.

El articulo 40 del Código penal establece: todos todo condenado a prisión correccional será detenido en una casa de corrección. Se le destinará, según su elección, a uno de los talleres establecidos en la casa……" [303]. Es posible que el legislador entendiera que en el sistema sólo eran reformables aquellos condenados por delitos no graves, por lo que sólo a ellos les era pertinente darle le oportunidad de la corrección. El articulo 41 resulta más interesante aun: "una parte del producto del trabajo de los detenidos por delito correccional se destinará a los gastos comunes de la casa, otra a proporcionarle algunas ventajas o alivio durante su detención, si lo merecieren, reservando la tercera parte para formarles un fondo, que se les entregará a la salida de la prisión[304].

En cumplimiento de estas disposiciones se observará lo que preceptúen los reglamentos que sobre la materia dictare el Poder Ejecutivo. En el año 1920, durante la ocupación norteamericana, se dictó la Ordenanza Ejecutiva No. 384, en virtud de la cual el Poder Ejecutivo quedó investido para "conocer indulto, suspensión provisional, prórrogas o conmutaciones de sentencias criminales, correccionales y de policía; cancelar multas y decomisos y conceder rehabilitación de derechos civiles y políticos, absoluta o condicionalmente". Esta ordenanza tuvo significativa importancia desde el punto de vista de la orientación preventiva especial de la pena, puesto que la misma beneficiaba a los condenados que exhibieran algún nivel de resocializacion, lo que constituía un incentivo al buen comportamiento.

A la ordenanza 384 siguió la ley 582 de 1926, la ley 759 del año 1927, la ley 83 de 1931, el Reglamento 1085 de 1943 y el 7083 de 1961. Toda esta normativa desti-

303 PÉREZ MÉNDEZ, Art., pág. 326.
304 PÉREZ MÉNDEZ, Art., pág. 327.

nadas a reglamentar la ejecución contenía algunos aspectos importantes orientados hacia la resocializacion, sin embargo, los verdaderos instrumentos normativos que de forma decisiva incorporan toda una filosofía moderna sobre el fin preventivo especial de la pena, con marcado énfasis hacia la resocialización, lo constituyen la ley 164 de 1980 sobre Libertad condicional y la ley 224 del año 1984 sobre régimen penitenciario. Estos dos instrumentos normativos lo trataremos en detalle más adelante.

2.3 CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS

2.3.1 Clasificación en función de su gravedad

El artículo 1 CP establece una clasificación básica de las infracciones y de las penas de carácter tripartito. Las infracciones las clasifica según su gravedad en crímenes, delitos y contravenciones, siendo el tipo de pena aplicable en cada caso el elemento que permite distinguir si en un caso en concreto estamos frente a un crimen, un delito o una contravención. En ese sentido el legislador dispuso que los crímenes son las infracciones que conllevan un tipo de penas denominadas "aflictivas o infamantes", que los delitos son aquellas infracciones que la ley castiga con "penas correccionales" y las contravenciones son aquellas infracciones que conllevan las "penas de simple policía".

Dentro de este esquema clasificatorio tripartito los crímenes constituyen las acciones delictivas consideradas más dañosas, los delitos son aquellos actos menos graves y las contravenciones en sí se reputan de escasa importancia punitiva, no constituyendo su ocurrencia un nivel de peligrosidad tal que amerite una punición relevante.

Con respecto a la determinación de los tipos de penas, es decir las que son aflictivas o infamantes, correccionales o de simple policía, el propio CP en sus artículos 7, 8, 9 y 464, las identifica de forma expresa:

- El artículo 7, incorporando los cambios que se han producidos desde su redacción original, establece que son penas aflictivas e infamantes: 1) la reclusión mayor, 2) La detención y 3) La reclusión menor.

- Las penas correccionales de acuerdo al artículo 9 CP, son: 1) el destierro; 2) el confinamiento, 3) la prisión temporal, 4) la interdicción por determinado tiempo de ciertos derechos cívicos, civiles y de familia; 5) la multa.

- Las penas de simple policía están identificadas en el artículo 464 CP. Son: 1) el arresto, 2) la multa y 3) el comiso de ciertos bienes embargados.

Las penas denominadas aflictivas e infamantes constituyen los supuestos de sanción más graves establecidas en nuestro ordenamiento para ser aplicadas en los casos de infracciones altamente lesivas. Los tipos de infracciones a las que le son

aplicables las penas aflictivas y las infamantes son las que el propio código denomina crímenes, tal y como lo establece el articulo uno en su parte final: "La infracción que las leyes castigan con una pena aflictiva o infamante, es un crimen".

Ahora bien, como ya hemos planteado anteriormente, los conceptos "aflictiva e infamante" constituyen sendos anacronismos para estos tiempos en razón de que los criterios en que se funda la pena por lo menos en teoría no son el dolor ni la deshonra del condenado, sino el respeto a la dignidad humana y la resocialización, por lo que la clasificación de las penas en aflictivas e infamantes carece de importancia en razón de que la evolución y desarrollo de nuestro derecho penal tiende hacia una concepción preventiva de la pena[305].

Un ejemplo de pena aflictiva es la contenida en el articulo 302 CP, que establece que "se castigará con la pena de treinta años de trabajos públicos a los culpables de asesinato, parricidio, infanticidio y envenenamiento". La pena aflictiva sería la que causa dolor en el condenado, de ahí que cuando el legislador instituyó la pena de trabajos públicos tomó en cuenta las crueles e inhumanas condiciones en que se ejecutaban este tipo de sanción, en términos de exceso de trabajo, escasa alimentación, exposición al peligro y el hacinamiento. En ese sentido, el artículo 15 del código penal establece: "Los hombres condenados a trabajos públicos se emplearán en los más penosos" lo que demuestra el interés del legislador por hacer prevalecer la noción de castigo a través de este tipo de penas. Con respecto a las mujeres se estableció cierta indulgencia, en razón de que las penas de trabajos públicos serían cumplidas por éstas haciendo tareas interiores en las cárceles y presidios. (Ver artículo 16). La pena de trabajos públicos como tal fue derogada por la ley 224, de 1984 sobre Régimen Penitenciario, siendo sustituida por la de Reclusión Mayor.

El articulo 106 de la ley 224 que es la norma que suprime los trabajos públicos, incurre en una contradicción con los principios en que se funda esa importante legislación, en razón de que siendo esta ley un instrumento de reforma que introduce una nueva visión sobre la función de la pena orientándose hacia la resocializacion del condenado, al mismo tiempo establece que "en lo sucesivo las penas aflictiva e infamante serán solamente la detención y la reclusión". El legislador debió suprimir el obsoleto carácter aflictivo e infamante de las penas en materia criminal y asignarle una función a la pena coherente con la filosofía en que se inspira la ley 224. A partir de esta ley debió desaparecer el carácter aflictivo de la pena puesto que esta legislación se orienta totalmente hacia los esquemas modernos que ven en la pena un medio de rehabilitación y de reeducaciòn de los condenados y no como un castigo.

En ese mismo sentido se pronuncia la Convención Americana de Derechos

306 PÉREZ MÉNDEZ, A. p. 180. También RAMOS, L. p. 340.

Humanos en su artículo 5, numerales 1, 2 y 6: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados[306]. Sin embargo, si bien es cierto que en el ámbito normativo y en el proceso de ejecución de la pena hemos superado en alguna medida la visión intuitiva de que la pena es medio de irrogar dolor al condenado con fines de venganza, no menos cierto es que todavía prevalece con mucha fuerza ese criterio al momento de determinar y pronunciar la pena a aplicar a los condenados tanto en el ámbito legislativo como en el judicial y esa situación trae como consecuencia de que al momento de procesar y condenar las pasiones que genera el deseo de venganza muchas veces tiene más influencia que la racionalidad y ese es uno de los temas que deben ser superados en nuestro sistema de justicia. Al determinar e imponer una pena ni el legislador ni el juez deben dejarse guiar por el morboso deseo de castigo, sino por la racional necesidad de la prevención. Todos los excesos en la punición y las crueldades que se observan en todas las instancias del sistema de justicia tienen su origen en una visión de la pena basada en la noción de castigo.

2.3.2 Clasificación en función del bien jurídico afectado

Desde el punto de vista del bien jurídico afectado, las penas en el ordenamiento jurídico vigente actualmente en la RD pueden clasificarse en:

1) las penas privativas de libertad: reclusión mayor, reclusión menor, prisión correccional y arresto.

2) Las penas privativas de derechos: la interdicción por determinado tiempo de ciertos derechos cívicos, civiles y de familia; degradación cívica y

3) la pena pecuniaria: la multa.

Exceptuamos del presente análisis algunas que aun estando vigentes en el Código Penal, en la práctica han caído en desuso, como el confinamiento, la vigilancia de la alta policía, el comiso, la pena de restricción de algunos derechos civiles, cívicos y de familia (art. 42 del CP), etc. Nuestro sistema de justicia penal actual mantiene en los hechos la tendencia hacia el abandono del anacrónico estatuto de origen francés que contiene una clasificación compleja de los tipos de penas para privilegiar un sistema simple basado exclusivamente en la pena privativa de libertad, de otros derechos y la multa.

306 OLIVARES GRULLÓN, Félix D. Ramón Emilio Núñez Núñez. CODIGO PROCESAL PENAL CONCORDADO. Normativa Complementaria y Notas explicativas, pp 388 - 389. Ediciones Jurídicas Trajano potentini. Ver artículos 5 y 6 de la Convención Americana de los Derechos Humanos relativos a los Derechos a la integridad personal prohibición de la esclavitud y servidumbre.

2.3.2.1 Penas privativas de libertad

La privación de libertad como pena es de uso relativamente reciente. Su utilización comienza en el siglo XVI, en el marco del proceso de humanización de la pena que se llevó a cabo en la Edad Media bajo los auspicio de la Iglesia católica, como una forma de impregnar al derecho penal de los fundamentos altruistas del cristianismo, como el perdón, el respeto a la vida, el amor al prójimo, la validez del arrepentimiento, etc. Antes del siglo XVI, la privación de libertad no tenía carácter de pena, sino que se usaba como un medio instrumental en el proceso de realización del derecho penal. "Hasta entonces la historia de la Humanidad reservó generalmente a la prisión funciones distintas, en especial la de servir de custodia de quienes esperaban ser juzgado (la actual prisión preventiva) o habían de ser sometido a tormentos" [307]

La muerte, el castigo corporal y la pena pecuniaria fueron las penas principales utilizada por la humanidad desde tiempos remotos. A esa tradición viciosa y aberrante fue que se enfrentó el Iluminismo con el propósito de racionalizar la imposición de penas, lo que dio origen al establecimiento de la pena privativa de libertad como el principal instrumento de reacción contra el delito a partir del siglo XIX. Al referirse a ese aspecto Mir Puig, sostiene: "el pensamiento ilustrado, por su parte, vino a descubrir la privación de libertad como una forma de pena racional y ajustada a las necesidades de un sistema penal más humano y basado en la proporcionalidad de delito y pena-la privación de libertad puede imponerse con duraciones diversas y escalonadas, según la gravedad del delito"[308]. Sin embargo, hoy en día, la valoración que ha alcanzado el concepto de libertad en la sociedad occidental, y tomando en cuenta el desarrollo que han alcanzado los sistemas de protección de los derechos humanos, sin olvidar la crisis de derechos humanos que afecta en la mayoría de los sistemas carcelario de los países en desarrollo, sin que se haya podido demostrar la utilidad de la pena privativa de libertad, son evidencias que nos llevan a concluir que este tipo de penas son igualmente, aberrantes, indignantes, por lo que se impone la reorientación del sistema penal hacia medios de reacción menos agresivos y más racionales.

En el caso específico de la República Dominicana, la pena privativa de libertad no le ha aportado ningún beneficio ni al Estado, ni a las víctimas, ni a la sociedad en sentido general. Ninguna víctima resarce su daño porque su agresor cumpla una determinada privación de libertad. No hay datos concretos de que a través de esta pena se hayan alcanzados fines de prevención general, por el contrario las estadísticas muestran un incremento inusitado de la actividad delictiva, como si la amenaza de pena no representara ningún medio disuasivo para el crimen. No ha servido como medio de resocializacion pues no existen evidencias de algún éxito en ese ámbito, por el contrario el criterio prevaleciente es que por las condiciones inhumanas que

307 MIR PUIG, S., p. 675.
308 MIR PUIG, S., p.678.

imperan en las cárceles, la privación de libertad en vez de resocializar tiende a agravar los niveles de deformación en los condenados, constituyéndose los fines preventivos de la pena en ideales absurdos desmentidos por una realidad cada día más cruda.

En nuestro país la pena privativa de libertad existe desde la fundación del Estado, pero la legislación penitenciaria modelo cuenta con una antigüedad a penas de poco más de dos décadas. En ese tiempo, en materia de programas de resocializacion no hemos superado la realización de algunos planes piloto, lo que pone de manifiesto que el Estado, o no cree en su propia estrategia o no tiene interés en los fines preventivos especiales de la pena.

El fracaso de la pena privativa de libertad debe llevar a la reflexión, a los fines de que en los procesos de determinación legal y judicial se inicie una tendencia a abandonar su principalia, mediante la adopción de alternativas de reacción frente al delito más inteligentes, procurando cada día más la instauración de un derecho penal mínimo, que reserve la pena privativa de libertad para casos de excepción y no para subsanar los impulsos de venganza que se pudieran producir en un momento dado como consecuencia de un delito.

Nuestra propuesta no va orientada justificar un sistema de impunidad, ni un repliegue por parte del Estado respecto de su responsabilidad de reaccionar efectivamente frente al fenómeno del delito. Lo que sugerimos es sincerización y racionalización en el uso de la privación de libertad como pena, pues si este tipo de sanción se impone por utilidad, los beneficios derivados de su aplicación deben ser concretos y tangibles. Es absurdo pregonar con dos discursos las bondades de un sistema, que en la práctica arroja resultados totalmente contrarios a los que se proyectan en abstracto.

Con la eliminación de la pena de muerte en 1924, de los trabajos públicos en 1984 y en virtud del desuso en que han caído varias penas establecidas en el Código penal, como el destierro, la degradación cívica como pena principal, etc., la pena privativa de libertad ha pasado a ser el principal instrumento de reacción frente al delito con que cuenta el ordenamiento jurídico dominicano. La parte general del Código Penal dominicano de 1884 es muy escueta y, por tanto, no contiene una teoría de la pena que incluya un orden clasificatorio bien detallado. Sin embargo, el artículo 1 del CP presenta una primera clasificación tomando como fundamento la gravedad de las infracciones, los demás criterios para clasificar las penas se extraen fundamentalmente del estudio de los tipos de la parte especial del código y de las leyes especiales.

2.3.2.1.1 Penas fijas

Pena de 30 años de trabajos públicos (reclusión mayor). La pena de 30 años de reclusión mayor es la sanción más grave aplicable en nuestro país hasta el momento, sustituyó la pena de muerte suprimida en 1924. En nuestra legislación la pena de 30 años aparece en una importante cantidad de infracciones; sin embargo, en los casos

que más la aplican los tribunales es en los crímenes contra las personas, como el asesinato, envenenamiento, infanticidio y parricidio, (art. 302). Aunque esta pena es pronunciada con cierta frecuencia, en realidad pocos condenados llegan a cumplirla en su totalidad, esto se debe probablemente a que las condiciones de vidas en las cárceles son tan malas que difícilmente un condenado sobreviva tanto tiempo. Un medio más razonable utilizado para evadir el cumplimiento de esta pena es mediante el beneficio de la libertad condicional una vez que se haya cumplido la mitad de la pena. La ausencia de antecedentes de cumplimiento de la pena de 30 años en la RD, pone de manifiesto la ineficacia de las penas largas en este país, situación que deben tomar en cuenta los tribunales al momento de pronunciar condenas innecesariamente desproporcionadas, así como nuestro legislador cuando se presente la oportunidad reformar nuestra legislación penal.

Pena de 20 años de trabajos públicos (reclusión mayor). Esta es una pena fija que a partir de la ley 224 de 1984 sobre régimen penitenciario, con la supresión de los trabajos públicos quedó transformada en reclusión mayor. Es la segunda pena más grave dentro del ordenamiento, y se aplica en caso de crímenes considerados graves. Como ejemplo de este tipo de pena podríamos citar el articulo 92 que castiga con 20 años de trabajos públicos (reclusión mayor) a los que sin autorización levanten ejércitos.

2.3.2.1.2 Penas flexibles

A) Penas flexibles de reclusión mayor. Si bien existen penas fijas o únicas como la reclusión mayor de 30 y 20 años, es evidente que la estructura de penas establecida en nuestro ordenamiento represivo se caracteriza por el predominio de penas flexibles, es decir aquellas que han sido configuradas con un mínimo y un máximo. Este sistema se introdujo en Francia desde 1810 con la finalidad de otorgarle al juez la facultad de aplicar el principio de proporcionalidad en la determinación de la pena en cada caso concreto, así como la individualización de la condena en función de criterios objetivos y subjetivos, situación que es muy difícil cuando se trata de penas únicas o fijas.

La pena flexible con mayor rango establecida en nuestro código penal es la reclusión mayor de 3 a 20 años, consignada en el articulo 18, el cual establece que "la condenación a trabajos públicos se pronunciará por tres años a lo menos y 20 a lo más". El homicidio intencional sin agravantes es una infracción sometida al régimen punitivo de la reclusión mayor de 3 a 20 años, así lo establece el párrafo II, del artículo 304: "En cualquier otro caso, el culpable de homicidio será castigado con la pena de trabajos públicos"[309].

309 CÓDIGO PENAL DOMINICANO, artículos 18 y 304, párrafo II. Ver también RAMOS, Leoncio, p. 335.

Esa disposición legal es sumamente importante porque le permite al juzgador ser justo al momento de determinar el monto de la pena, pudiendo tomar en cuenta circunstancias de hechos particulares a cada caso que justifiquen una pena alta o baja. El interés del legislador al establecer este sistema es motivar a los jueces a fin de que las penas que impongan a los culpables de una infracción sea el resultado de un verdadero ejercicio de racionalidad y prudencia en vez de recurrir a métodos totalmente arbitrarios, que en modo alguno ayudan al desarrollo de un derecho penal garantista y civilizado.

Otra pena flexible dentro de la categoría de reclusión mayor es la de 5 a 20 años. El crimen de robo con violencia establecido en el articulo 382, así como las modalidades de robo contenidas en los artículos 384 y 385. Esta es una de las penas aplicadas con mayor frecuencia en los tribunales debido a la gran cantidad procesos que se llevan a cabo por este tipo de infracción.

La pena de reclusión mayor, en este caso de 3 a 10 años, aparece en la norma 153 de nuestro Código Penal, el cual establece que "se impondrá la pena de tres a diez años de trabajos públicos, al que hiciera un pasaporte falso, al que falsificare un pasaporte primitivamente verdadero, y al que hiciere uso de un pasaporte falso o falsificado. En ese mismo orden se encuentran bajo la misma modalidad punitiva el robo ejecutado en las condiciones prescritas por los artículos 386 y 387.

B) La pena de detención. Es una pena criminal flexible que va de 3 a 10 años, (ver artículo 21 del CP), instituida en nuestro código penal en los artículos 7, 19, 20 y 21. La detención es una pena aflictiva especial, con relación a la reclusión. Esta pena no se cumple en cárceles comunes, sino en una de las fortalezas de la República, que haya sido destinada a ese efecto por disposición del Poder Ejecutivo" (ver artículo 19, CP). Los condenados a la pena de detención disfrutan de un régimen de encerramiento flexible, puesto que se les permite mantener comunicación constante tanto con el personal interno de la fortaleza, como con personas de afuera, (ver artículo 20). Los artículos 81 y 82 CP castigan con la pena de detención determinadas conductas que afectan la seguridad del Estado.

La pena de detención no es aplicable en crímenes comunes. Es por esa razón que los tribunales no la pronuncian con frecuencia, a tal punto que en la actualidad es muy probable que ningún ciudadano esté cumpliendo este tipo de pena en la República Dominicana.

C) La reclusión menor. Esta es una pena criminal flexible con un mínimo de dos años y un máximo de cinco. Así lo establece el artículo 23 del Código Penal: "La duración máxima de esta pena será de cinco años, y la mínima de dos años". A título de ejemplo podríamos citar, el artículo 148, el cual establece la pena de reclusión menor para los culpables de hacer uso de los actos falsos descritos en el artículo 147.

D) La pena de prisión correccional. La pena de prisión correccional de acuerdo con el artículo 40 del Código Penal es una pena restrictiva de libertad de carácter preventivo especial, o de enmienda. La propia disposición legal establece que esta pena se cumple en "una casa de corrección", debiendo el condenado destinarse, "según su elección, a uno de los talleres establecidos en la casa". Este artículo confirma una tendencia, aunque tímida de nuestro legislador ancestral hacia la prevención especial.

Otras penas en desuso. a) El destierro, (art. 37), b) El confinamiento, (art. 39) y c) el arresto (art. 464). Nuestro Código Penal establece otras penas restrictivas de libertad como el destierro, el confinamiento y el arresto, sin embargo estos tipos de penas carecen de importancia en la práctica porque han caído desuso, en consecuencia, para los fines de este trabajo, carece de utilidad cualquier análisis que se haga sobre las mismas.

2.3.2.2 Penas privativas de otros derechos

La degradación cívica es la única pena infamante vigente en nuestro ordenamiento. El artículo 32 del CP establece en que consiste la degradación cívica. A) la imposibilidad de ejercer cargos, empleos o funciones publicas, b) la imposibilidad de ejercer los derechos civiles y políticos, como el de elegir y ser elegido, c) impedimento para formar parte de un jurado o perito, para firmar como testigo o para testificar en juicio; d) la inhabilitación para formar parte de ningún consejo de familia y para ser tutor, curador, protutor o consultor judicial, a menos que no sea de sus propios hijos, y con el consentimiento previo de la familia, y e) en la privación del derecho de porte de armas , el de pertenecer a la guardia nacional, de servir en el ejercito dominicano, o de enseñar, o de ser empleado en ningún establecimiento de instrucción en calidad de profesor, maestro o celador[310].

La degradación cívica funciona como pena principal y como pena accesoria. En este último sentido el artículo 17 del CP establece que "la condenación a trabajos públicos, lleva consigo la privación de los derechos cívicos y civiles". Como pena principal esta consignada en varios artículos del CP, fundamentalmente en aquellos tipos penales que regulan el desempeño de determinados funcionarios públicos, como es el caso del artículo 183 que sanciona a los jueces que por amistad u odio con alguna de las partes incurren en prevaricación. Sin embargo, la degradación cívica como pena accesoria tiene vigencia y opera de pleno derecho en nuestro sistema de justicia, pero como pena principal, podríamos decir que está en desuso[311].

La pena de interdicción legal. Se trata de una pena accesoria a la detención y a la reclusión. Está consignada en el articulo 29 del CP, el cual establece que *"todo*

310 REPÚBLICA DOMINICANA. CÓDIGO PENAL. Santo Domingo. 1997. p. 10.
311 RAMOS, L. p. 373.

condenado a detención o reclusión permanecerá mientras dure su pena en estado de interdicción legal. Se le nombrará tanto a estos como a los condenados a trabajos públicos, tutor y pro-tutor, que cuidaran y administraran sus bienes". El profesor Artagnan Pérez Méndez afirma que la interdicción legal tiene dos objetivos fundamentales: a) "dotar de un administrador legal los bienes del condenado y, b) evitar que se enriquezca en la cárcel con lo cual pueda lograr una vida más cómoda que las de los otros"[312]. En la práctica esta pena tiene muy escasa aplicación debido a que el sistema de ejecución de penas nunca ha operado con un sistema de control de ese nivel, por el contrario lo que sì ha sido evidente es que los condenados adinerados, que son muy pocos por cierto, tradicionalmente gozan de plena libertad para controlar sus bienes desde la cárcel y dentro de ella. Sin embargo, con el nuevo sistema de ejecución y los planes pilotos sobre el nuevo modelo penitenciario, es posible que se produzcan algunos cambios.

Interdicción de ciertos derechos cívicos, civiles y de familia (arts. 42 y 43 CP). Se trata de una disposición que instituye penas privativas de derechos, aplicables de forma accesoria en los casos en que la ley de forma expresa lo establece. En virtud de esta normativa "los tribunales que conozcan de los negocios en materia correccional podrán, en ciertos casos, privar al condenado de una parte o de la totalidad del ejercicio de sus derechos cívicos, civiles y de familia siguientes: 1º. del de votación y elección, 2º. del de elegibilidad, 3º. del de ser jurado o nombrado para ejercer otras funciones públicas, o para los empleos de la administración, 4º. del porte de armas; 5º. del de votación o sufragio en las deliberaciones de familia, 6º. del de ser tutor o curador de otras personas que no sean sus propios hijos, con el consentimiento de la familia, 7º. del de ser expertos o servir de testigo en los actos públicos, 8vo. del de prestar declaración en juicio, a no ser que se reciba como simple noticia". Esta normativa también ha caído en desuso por lo que carece de utilidad en la práctica.

2.3.2.3 La pena de multa

Se trata de una pena pecuniaria porque se ejecuta sobre el patrimonio económico del condenado, lo que implica siempre el pago de una suma de dinero. La multa es la pena más común de todas las consignadas en la legislación dominicana. Se aplica como pena principal y como complementaria. En materia criminal la multa aparece como pena complementaria de la reclusión mayor y menor. En las materias correccionales y de contravención aparece como complementaria y como principal. El artículo 11 CP incluye la multa dentro de las penas comunes a las materias criminales y correccionales, conjuntamente con la vigilancia de la alta policía, la confiscación del cuerpo del delito, las cosas producidas por el delito y las que sirvieron para su comisión.

312 PÉREZ MÉNDEZ, A. p. 275

La pena de multa no opera de pleno derecho, como sucede por ejemplo con la degradación cívica, sino que solo se aplica en los casos en que un texto legal lo dispone y en virtud de una decisión de un juez. Así lo entiende el profesor Pérez Médez: "De que la multa es una verdadera pena se concluye que la misma no puede aplicarse, sino cuando un texto de la ley así lo determina"[313]. En el marco de la nueva reforma procesal penal, al regir el principio de justicia rogada la imposición de una multa esta condicionada a que la misma sea solicitada de forma expresa por la parte persiguiente.

En los últimos tiempos la pena de multa se ha ido constituyendo un importante instrumento de reacción frente al delito alternativo a la pena privativa de libertad, fundamentalmente en aquellos delitos que son de interés privado. Un ejemplo ilustrativo de lo anterior lo constituye la ley 20-00, sobre propiedad industrial, la cual en su artículo 166, establece la imposición tanto de la prisión correccional como la multa de diez a cincuenta salarios mínimos a los que violen el derecho de propiedad industrial, conjuntamente, teniendo el juez la potestad de imponer una u otra sanción o ambas a la vez. Esto ha traído como consecuencia que en los tribunales muchos jueces prefieren al momento de condenar, aplicar solo la multa y desechar la prisión correccional. La misma situación sucede con la ley de cheques. Es de esperarse que en el futuro el derecho penal se oriente con mayor fuerza hacia la opción de las penas pecuniarias y que paulatinamente vaya prescindiendo de la pena privativa de libertad en la medida en que cada vez es más evidente su inutilidad, especialmente en delitos de interés casi exclusivamente privados.

2.3.2.4 Las penas de policía

Se trata de la estructura punitiva de menor importancia. El articulo 464 CP establece que "las penas en materia de policía son: el arresto, la multa y el comiso de ciertos objetos embargados. En nuestro ordenamiento jurídico penal hay dos tipos de arresto, el arresto como pena y el arresto como medida cautelar regido por el CPP, a partir del artículo 221. En el presente caso nos referimos al arresto como pena de policía privativa de libertad de 1 a 5 días. Las multas en esta materia son sumamente insignificantes, ya que el artículo 466 la sitúa de 1 a 5 pesos básicamente.

El sistema de penas instituido para las contravenciones constituye un verdadero anacronismo, no solo por su ineficacia, sino, además, porque estos tipos de sanciones por lo desfasadas que están no rinden ninguna utilidad a la sociedad, en razón de que no poseen ni valor intimidatorio, por lo exiguas que son. No operan con fines de resocializacion, ya que no hay forma de reeducar en tan corto tiempo, tampoco operan como castigo porque tanto las privativas de libertad como las pecuniarias son extremadamente indulgentes, casi insignificantes.

313 PÉREZ MÉNDEZ, A. p. 189.

2.3.3 Las medidas de seguridad en la legislación penal dominicana

El concepto moderno de medidas de seguridad fue un tema extraño en la legislación dominicana durante mucho tiempo. Esto se debió a que nuestra legislación penal principal, el Código Penal, la adoptamos de Francia, en la versión del Código Penal francés de la Restauración de 1832, en una época en que aún no se había desarrollado el tema de las medidas de seguridad en Europa.

Por razones entendibles, los dominicanos no logramos hasta el día de hoy mantener el ritmo de actualización legislativa que ha llevado a cabo Francia desde aquella época, sino que nos hemos mantenido con el mismo texto original sin enriquecerlo, solo modificándolo a través de reformas coyunturales con propósitos operativos muy primarios. Hay que entender que nuestro modelo legislativo, doctrinal y jurisprudencial, aunque muy avanzado para la época nos fue dado y nos sigue siendo dado en una legua extraña, lo que quiérase o no constituye un verdadero obstáculo para la transmisión fluida del conocimiento a la gran población de profesionales del derecho, reduciéndose la posibilidad de acceso a un privilegiado, pero reducidísimo grupo de juristas intelectuales que dominaban el idioma francés. Con excepción de las obras clásicas del Derecho Penal francés que todos conocemos del siglo XIX y principio del XX, el intercambio científico y cultural entre Francia y República Dominicana ha sido prácticamente nulo. En consecuencia, esa realidad histórica, unida a otras circunstancias domésticas vinculadas con la quiebra del sistema de enseñanza superior en el ámbito del Derecho son a nuestro juicio los indicadores responsables de nuestro rezago en nuestra evolución legislativa, situación que explica por qué hoy no contamos con una legislación penal moderna que incluya un verdadero y útil sistema de medidas de seguridad.

El profesor Leoncio Ramos fue primer autor dominicano, o por lo menos uno de los primeros que se ocupó del tema de las medidas de seguridad en la República Dominicana, de igual modo todos le reconocemos el mérito bien ganado de ser un verdadero propulsor de la reforma Ppenitenciaria en nuestro país. En su obra Notas del Derecho Penal Dominicano el autor se ocupa con mucha profundidad del tema de las medidas de seguridad tanto en el orden dogmático como en lo relativo a nuestra legislación de origen. El profesor Ramos nos dice que "en nuestro Código Penal no está organizada la institución de una manera sistemática, como por ejemplo en el Código de Defensa Social cubano, el cual le dedica el libro IV y allí las organiza de un modo más o menos completo. Sin embargo, si revisamos las penas establecidas en nuestra legislación penal encontraremos que entre ellas hay algunas que tienen el carácter de verdaderas medidas de seguridad, tales como son: la interdicción legal, la privación de ciertos derechos cívicos, civiles y de familia; la degradación cívica; la súper vigilancia de la alta policía, todas ellas, establecidas en el Código y posdelictivas. Pero existen otras que son predelictivas, como la prisión de los menores solicitadas por los padres"[314].

314 RAMOS, L., p. 329.

Creemos que más que medidas de seguridad, las enumeradas por el legendario profesor son verdaderas penas concebidas conscientemente por el legislador como una forma accesoria de punición para prolongar el reproche de los condenados más allá del término de sus condenas. Nuestra afirmación se fundamenta en la redacción del propio Código Penal que le da la categoría de penas o de castigo, sin ni siquiera sugerir la posibilidad de enmienda o de reforma. Tanto la vigilancia de la alta policía, como la degradación cívica y la privación de derechos son consideradas por el propio legislador como condena.

2.3.4 Las penas y las medidas de seguridad en la legislación penal especial moderna: las Leyes 50- 88 y 24-97

2.3.4.1 Las penas en la legislación penal especial moderna: las Leyes 50- 88 y 24-97

Las dos leyes penales especiales más importantes de las últimas décadas son la Ley 50 de 1988 sobre drogas narcóticas y la 24 del 1997 sobre violencia intrafamiliar. Ambas legislaciones aparecieron en coyunturas en las que debido al auge que habían tomado el narcotráfico y la violencia intrafamiliar, se entendió que debía producirse una respuesta penal de alto perfil.

Desde el punto de vista punitivo, dos aspectos importantes tienen en común esas dos leyes. Lo primero es que crean un régimen de penas y medidas de seguridad diferente a la estructura clásica que habíamos venido utilizando a través del Código Penal y lo segundo es que las dos legislaciones poseen una configuración punitiva basada en la prevención general, esto así por el marcado interés del legislador porque el sistema de penas establecido se constituyera en un instrumento de intimidación para disuadir tanto el tráfico de drogas, como la violencia intrafamiliar.

2.3.4.1.1 La Ley 50-88

En su estructura punitiva esta ley denomina todas las penas restrictivas de libertad como "prisión", abandonando la clasificación tradicional de las penas en función de su gravedad que las divide en reclusión mayor, reclusión menor, prisión y arresto. Sin embargo, se mantiene más o menos fiel a la tradición con respecto a las escalas en las penas flexibles y en las penas únicas. Es por ello que constituye una constante en esta ley la prisión de 6 meses a dos años, de 2 a 5, de 3 a 10, de 5 a 20 y la pena única de 30 años.

Como novedad en el ámbito punitivo podríamos señalar la suspensión por un año de las operaciones en contra de importadores, fabricantes, distribuidores de determinadas sustancias sin cumplir con las condiciones requeridas en la propia

ley (art. 66). En ese mismo orden el artículo 67 establece como pena la clausura de determinados establecimientos que no cumplan con determinados parámetros de control. El 68 establece la suspensión para el ejercicio profesional para los regentes de farmacias en caso de que se dediquen a vender medicamentos controlados por la ley sin autorización. El artículo 70 que consiste en la inhabilitación para el ejercicio profesional por el término de 1 año para los médicos, dentistas y veterinarios que no cumplan las previsiones de los artículos 31, 38 y 49.

En su artículo 86, se prohíbe aplicar circunstancias atenuantes a los declarados culpables de violación de la ley 50-88. Esta disposición por si sola pone de manifiesto el interés del legislador porque este instrumento normativo cumpliera una función intimidante de carácter general.

Las cuantías de las penas, las restricciones establecidas por la propia ley para aplicar el principio de proporcionalidad y el exagerado sistema de agravantes confirman la apuesta del Estado por la prevención general. Esa política de penas altas se combinó con el establecimiento de otras coacciones que ya han sido derogadas, pero que permanecieron durante muchos años vigentes, como la prisión preventiva obligatoria, la imposibilidad de obtener libertad provisional, libertad condicional y perdón condicional.

Todos estos elementos hicieron de la ley 50-88, uno de los instrumentos legales más arbitrarios de todos los que han existido en el ordenamiento jurídico dominicano, sin embargo esa arbitrariedad no ha producido ninguno de los efectos disuasivos del narcotráfico que en su momento se propuso el legislador y la sociedad dominicana en sentido general. Muy por el contrario, el trafico y consumo de drogas narcóticas en el país ha crecido de forma exponencial y dramática en los últimos tiempos, situación que pone en evidencia la cuestionable utilidad de la pena como mecanismo de prevención del delito.

2.3.4.1.2 La Ley 24-97

Este instrumento normativo se puso en vigencia con la finalidad de que sirviera de respuesta a la escalada de violencias físicas y psicológicas que en los últimos tiempos se producen en el marco de las relaciones intrafamiliares. Al considerarse que en los conflictos de este tipo la mujer constituye el sector más victimizado, éste texto legislativo desarrolló el concepto normativo de "violencia contra la mujer", definiéndola como "toda acción o conducta pública o privada, en razón de su género, que causa daño o sufrimiento físico, sexual o psicológica a la mujer, mediante el empleo de fuerza física o violencia psicológica, verbal, intimidación o persecución", (art. 309-1). De ese mismo modo en el articulo 309-2, la ley define el concepto de violencia doméstica o intrafamiliar como "todo patrón de conducta mediante el empleo de fuerza física, o violencia sicológica, verbal, intimidación o persecución, contra uno o

varios miembros de la familia o contra cualquier persona que mantenga una relación de convivencia, contra el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente o pareja consensual, o contra la persona con quien haya procreado un hijo o una hija...".

Esta normativa significó un agravamiento de todas las consecuencias jurídicas derivadas de las infracciones relacionadas con la violencia contra la mujer o violencia doméstica o intrafamiliar. El objetivo fue prevenir este tipo de violencias, a través de amenazas punitivas de alto perfil, así como mediante el establecimiento de un conjunto de medidas de seguridad que al aplicarse sirvieran de protección al miembro familiar agredido o en riesgo de seguir siendo maltratado. A partir de ese criterio se diseñó una escala punitiva novedosa y diferente al sistema tradicional que habíamos heredado del Código Penal. La pena de prisión, que anteriormente solo llegaba a dos años, ahora se estableció con un mínimo un año y un máximo de cinco. En el supuesto establecido en el artículo 333 la prisión de 5 años se instituyó como pena única. Otra pena única establecida en la ley 24-97, es la reclusión mayor de 10 años (art. 333) aplicables a los que cometan agresión sexual en contra de víctimas que tengan una condición particularmente vulnerable.

Anteriormente existía una escala de 3 a 10 años de reclusión mayor, sin embargo en esta ley aparece una nueva de 5 a 10 años de reclusión mayor. (Ver art. 309-2 y 309-3, ley 24-97). Otra novedad punitiva establecida en la ley 24-97 es la Reclusión Mayor de 10 a 15 años y de 10 a 20 años, aplicables a los declarados culpables de agresión sexual precedida de actos de barbaries o torturas, (art. 303-2) y de violación sexual. (ver artículos 331. También se estableció la pena de 15 a 20 años de reclusión mayor para aquellos casos de barbaries o torturas que sigan otro crimen que no constituya violación, (art. 303-3)

La pena de restitución. El artículo 309-4 introduce la pena de restitución como condenación accesoria a los que sean declarados culpables de violencias en los términos y condiciones establecidas en el artículo 309-3. En este caso, si el autor de violencia produjo la destrucción, ocultación o daño en bienes al momento de ejercer violencia doméstica o intrafamiliar, podrá ser condenado a su restitución.

Tentativa. En los casos de tentativa de incesto (332-1 y 332-2), ésta se castigará siempre como si la acción se hubiera realizado (art. 332-2). En este supuesto se introduce una variante a la tradición legislativa provista por nuestro Código Penal, en razón de que el texto viejo en su redacción sobre la tentativa en el artículo 2 establece que esta "podrá ser condenada como el crimen mismo", sin embargo en el supuesto del artículo 332-2 se establece que la tentativa se castiga como el hecho consumado.

Prohibición expresa de las circunstancias atenuantes. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 309-4 y 332-2, los culpables de violencia e incesto respectivamente, no podrán ser beneficiados con reducción de penas en virtud de circunstancias atenuantes. Esta disposición constituye una evidencia reveladora del carácter

intimidatorio que prima en la ley 24-97. Sin embargo si se hace un examen de eficacia al referido texto, muy probablemente llegaríamos a la conclusión que los objetivos preventivos que se trazó el legislador con esta legislación aún no se han cumplido, situación que debe llevar a reflexionar sobre si es la pena grave, el instrumento más adecuado para enfrentar la inseguridad y la delincuencia.

2.3.4.2 Las medidas en la legislación penal especial moderna: las Leyes 50- 88 y 24-97

2.3.4.2.1 La Ley 50-88

Esta ley organiza un sistema de medidas de seguridad destinados a imputados consumidores de sustancias controladas, en el grado de fármacos-dependientes y cuya persecución se haya originado por simple posesión.

En efecto, los artículos 53 y siguientes de esta ley viabilizan la posibilidad de que aquellos imputados de violar la ley 50-88, sometidos a la justicia por simple posesión y que se compruebe su condición de adictos, puedan ser enviado a un centro de desintoxicación y rehabilitación. Sin embargo, la decisión jurisdiccional en ese sentido está condicionada a la recomendación que haga un complejo y supernumerario órgano evaluador denominado "Comisión Multidisciplinaria" creada por la propia ley. El artículo 53 dispone que "se crea bajo la dependencia de la Secretaria de Estado de Salud Pública y Asistencia Social, una Comisión Multidisciplinaria, que asesorará al Magistrado Procurador Fiscal competente, constituida por un médico representante de Asociación Médica Dominicana (AMD), un oficial médico de la Dirección Nacional de Control de Drogas, y un médico representante de la Procuraduría General de la República, para determinar la condición de adictos o fármaco – dependientes de los consumidores que caigan en la categoría de simples poseedores de la drogas controladas previstas en esta ley, puesto a la disposición de la justicia. Dicha comisión tendrá su asiento en la capital de la República Dominicana, pero con jurisdicción nacional, y nombrará sub-comisiones donde sea posible designar los funcionarios mencionados. Donde no sea posible dicha sub-comisión queda constituida por el Procurador Fiscal y un médico de la Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social".

La estructura burocrática de la Comisión multidisciplinaria, la convierte en realidad en un organismo tan innecesario como infuncional. El hecho de que para determinar el internamiento de un simple poseedor declarado enfermo o fármaco-dependiente, tenga que intervenir prácticamente el sistema burocrático completo, en vez de ser únicamente el juez y el médico, pone en evidencia el bajo nivel de conciencia que aún se posee en nuestra sociedad de la importancia de las medidas de seguridad en un sistema penal. Todavía sectores importantes siguen aferrados a la pena de forma irracional.

La función de esa comisión es la de emitir de su juicio y recomendar "al Tribunal apoderado si procede a enviar al procesado a un centro público o especializado en tratamiento para la desintoxicación, rehabilitación y reinserción social, o someterlo a la acción de la justicia represiva". Esta disposición es importante porque introduce en nuestro ordenamiento juridico la noción moderna de las medidas de seguridad, sin embargo, su efecto en el sistema es muy limitado debido a varios factores:

a) Al ser aplicada a la categoría de simple posesión, excluye que puedan ser sometidos al programa de rehabilitación a adictos o enfermos que son apresados con una cantidad mayor de sustancia, aunque se determine es para consumirla.

b) En el ámbito del microtráfico, una cantidad importante de distribuidores llegan a esa actividad debido a su adicción, ya sea por constreñimiento originado en deudas con suplidores o en virtud de que no poseen otro medio para sustentar el costo de su adicción. Este tipo de imputados deberían ser beneficiados por este tipo de medidas.

c) En la cultura jurídica nuestra este tipo de medidas se entienden como actos de perdón o de indulto judicial, y no como un verdadero y efectivo mecanismo de reacción contra el delito que cumple indudablemente un papel más efectivo que la pena.

d) La Comisión Multidisciplinaria dificulta el acceso este tipo de medidas, ya que es un organismo sumamente complejo no controlado jurisdiccionalmente, sino que opera como un supra poder. Para que la aplicación de este tipo de medidas de seguridad pueda ser efectivo el proceso de determinación debe estar a cargo del juez, quien a partir de los experticios médicos correspondientes es la única autoridad que debe decidir sobre el particular.

2.3.4.2.2 La Ley 24-97

La ley 24-97 es la segunda ley importante de los últimos tiempos que se ocupa de las medidas de seguridad. En la redacción de esta ley se observa un marcado interés por la protección de la víctima y, en menor grado se procura la corrección del condenado a través de las medidas de seguridad [315]. Sín embargo, cabe destacar que este instrumento jurídico tiene el mérito de ser uno de los primeros que pone de relieve la posibilidad de reaccionar frente al delito de forma distinta a la imposición de penas.

En el artículo 309-5, la ley dispone la posibilidad de aplicación conjunta de pena y medidas de seguridad a los culpables de determinados actos de violencia intrafamiliar. "En todos los casos previstos en el presente título, el tribunal impondrá accesoriamente a los infractores, la asistencia obligatoria a programas terapéuticos o

315 La tendencia de esta legislación por la protección de la victima queda confirmada en el artículo 309-4. En todos los casos previstos en los artículos precedentes, el tribunal dictará orden de protección a favor de la víctima de violencia, no pudiendo, en ningún caso, acogerse circunstancias atenuantes en provecho del agresor. El tribunal condenará además, en estos casos, al agresor a la restitución de los bienes destruidos, dañados u ocultados.

de orientación familiar por un lapso no menor de seis (6) meses en una institución pública o privada. El cumplimiento de esta pena y sus resultados serán controlados por el tribunal". Nótese que las medidas establecidas en la disposición legal anterior tienen un carácter accesorio, no principal, lo que pone de manifiesto que es la pena el tipo de reacción en el que el sistema confía, pero no por su efectividad, sino porque constituye un medio de castigo.

Un aspecto relevante en la ley 24-97, fue el establecimiento de un sistema de medidas de seguridad (orden de protección), de carácter cautelar aplicables "previa a la instrucción y juicio", en principio. La importancia de esta disposición radica en que por primera vez al derecho penal positivo se introducen opciones con fines preventivos diferentes a las medidas clásicas que ya conocíamos como la prisión preventiva o la prestación de fianza. El articulo 309-6 detalla el conjunto de estas medidas y aunque no constituyen un tipo de reacción material frente a los delitos de violencia intrafamiliar, sino más bien que son medidas cautelares, pueden transformarse en "penas accesorias" al momento de que el tribunal apoderado juzgue el fondo de la imputación. Entendemos que por su importancia vale la pena enumerarlas a continuación:

a) Orden de abstenerse de molestar, intimidar o amenazar al cónyuge, ex cónyuge, conviviente, o ex conviviente, o pareja consensual o de inferir en la guarda o custodia provisional o definitiva acordada en virtud de la ley o de una orden judicial;

b) Orden del desalojo del agresor de la residencia del cónyuge, ex cónyuge, conviviente, o ex conviviente, o pareja consensual;

c) Interdicción del acceso a la residencia del cónyuge, ex cónyuge, conviviente, o ex conviviente, o pareja consensual;

d) Interdicción de acercamiento a los lugares frecuentados por el ex cónyuge, conviviente, o ex conviviente, o pareja consensual;

e)Prohibición a la víctima de trasladar u ocultar los hijos comunes;

f)Orden de internamiento de la víctima en lugares de acogida o refugio a cargo de organismos públicos o privados;

g)Orden de suministrar servicios, atención a la salud y de orientación para toda la familia a cargo de organismos públicos o privados;

h)Orden de presentar informes de carácter financiero sobre la gestión de los bienes comunes de la empresa, negocio, comercio o actividad lucrativa común;

i)Interdicción de enajenar, disponer, ocultar o trasladar bienes propios de la víctima o bienes comunes;

j)Orden de reponer los bienes destruidos u ocultados;

k)Orden de medidas conservatorias de respecto de la posesión de los bienes comunes y del ajuar de la casa donde se aloja la familia;

l)Orden de indemnizar la víctima de la violencia, sin perjuicio de las acciones médico, consejos psiquiátricos y orientación profesional, alojamiento y otros gastos similares.

La posibilidad de convertir las órdenes de protección en medidas de seguridad la establece el articulo 309-7: "El Tribunal que conoce y juzga la infracción ratificará la orden de protección, disminuyendo o aumentando, según el caso, su contenido, como pena accesoria. El cumplimiento de la orden de protección será controlado por el tribunal". En la práctica, estas medidas no han causado un gran impacto en nuestro sistema penal, en razón de que en los procesos de determinación judicial de las consecuencias del delito se sigue apostando de forma casi exclusiva a la prisión preventiva que, en realidad cumple la función de una pena anticipada, y a la pena privativa de libertad propiamente dicho. Sin embargo, entendemos que en algún momento se irá produciendo un proceso de toma de conciencia sobre la utilidad de las medidas de seguridad como forma principal de reacción frente al delito y comenzaremos a depender cada vez menos de la pena privativa de libertad.

3. DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA DOMINICANO

3.1 CONCEPTO

Determinar la pena es establecer la consecuencia jurídica que habrá de derivarse de cada delito. Una pena implica siempre la afectación de uno o varios de los bienes jurídicos de los que es titular el condenado. En consecuencia, la determinación de la pena implica establecer cuál es el bien jurídico que se va a afectar, por cuánto tiempo y en qué condiciones o modalidad[316]. El derecho penal vigente en una sociedad no se estructura con un único tipo de penas, ni en género ni en modalidad, sino que dependiendo de la naturaleza y gravedad de los delitos que se cometen, así como de las características culturales del grupo social, se establecen distintas modalidades de punición como la pena de muerte, la privación de libertad, la pena pecuniaria, la realización de trabajos sociales o a favor de la víctima, la restricción de la libertad tránsito, la inhabilitación para el ejercicio de derecho civiles y políticos, etc.

En sentido amplio, el concepto de determinación de la pena incluye también la posibilidad del perdón (art. 340 CPP), la suspensión (art. 341 CPP), las condiciones especiales de cumplimiento, (art. 342 CPP), así como la sustitución de la pena por medida de seguridad[317].

316 RAMOS, L., p. 325.
317 MIR PUIG, S., p. 714.

Históricamente han existido distintos sistemas de determinación de la pena, de entre los cuales podríamos señalar por considerarlos los más importantes, el judicial, el legal y el mixto.

En el sistema de ***arbitrio judicial*** la determinación de la pena queda en poder del juzgador preponderantemente, quien en virtud de su libre arbitrio determina el tipo de pena, su extensión y la modalidad de cumplimiento. El arbitrio judicial dejó una experiencia amarga en la Europa pre-revolucionaria, en razón de que antes de la Revolución Francesa, tal y como lo explica Antón Oncea, "los jueces podían no solo aumentar y disminuir las penas señaladas por la ley, sino incluso imponer otras distintas" [318] Como es de suponerse, como en esa época no existía la noción de separación de poderes, los jueces actuaban en función de los intereses del Rey, por lo que su discrecionalidad jurisdiccional nunca o casi nunca la utilizaban con fines indulgentes, sino para determinar las penas más crueles imaginables muchas veces frente a delitos de escasa importancia, como la blasfemia, la brujería, la herejía y delitos contra la autoridad del Rey.

La crueldad de los jueces al ejercer el arbitrio judicial fue tan despiadada e irracional, que llamó la atención e indignó el pensamiento liberal que en la Europa de la segunda mitad del siglo XVIII, situación que hizo posible la publicación de la obra de Beccaria De los Delitos y de las Penas en 1764 y el Código Penal Francés de la Revolución en 1791. El repudio de Beccaria al arbitrio judicial, a las penas graves y su defensa absoluta al principio de legalidad son los ejes centrales de su obra. El siguiente fragmento ilustra satisfactoriamente lo que acabamos de decir: "…..solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada en un contrato social. Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede, con justicia, infligir penas contra otro miembro de la misma sociedad…..no puede un magistrado, bajo ningún pretexto de celo o de bien público, aumentar la pena establecida a un delincuente ciudadano[319] .

A partir de la obra de Beccaria y debido al nivel de conciencia que había alcanzado el pensamiento europeo de avanzada, llegándose a producir un repudio masivo a tantas penas crueles e inhumanas, se legitimó la idea en toda Europa de que se hacía necesario arrancarles a los jueces su poder de determinar la pena. Una de las consecuencias casi inmediata de aquel proceso fue el Código Penal francés de 1791, que instituyó un sistema legal absoluto, a partir del cual le fue suprimida totalmente a los jueces la facultad de establecer penas discrecionalmente. Esta legislación surgida al calor de la Revolución "llevó al extremo el nuevo planteamiento legalista y asignó a cada delito una pena absolutamente determinada, no susceptible de ser modificada por el juzgador"[320]. Al referirse al mismo tema el profesor Leoncio Ramos nos dice

318 ANTÓN ONECA, PG., p. 543.
319 BECCARIA, C., p. 6.
320 MIR PUIG, S., p. 715.

que "la Asamblea Constituyente, para terminar con el poder arbitrario de los jueces, decretó la fijeza de las penas, de tal modo, que desde ese momento, el juez quedó convertido en distribuidor automático de ellas, sin que le fuese permitido adaptarlas a las diversas circunstancias de hecho, relativa unas al hecho mismo, y otras al agente; y, finalmente, suprimió, debido a los abusos a que había dado lugar, la facultad de conceder gracia a los condenados"[321]. Este escenario de extrema determinación legal de la pena trajo como consecuencia la imposibilidad de que los jueces pudieran valorar y medir razonablemente cada caso en particular a fin de conocer las circunstancias de hechos positivas o negativas que le permitieran graduar la intensidad de la punición, situación que al igual que el sistema de absoluta discreción conduce a la ocurrencia de injusticias.

Con la reforma de 1810 se corrigieron los extremos que al implementar el principio de legalidad incurrió la Asamblea Constituyente en 1791, estableciendo un sistema flexible de determinación de penas en el que el legislador fijaba los límites mínimos y máximos de la pena, permitiéndole al juez la posibilidad de desplazarse discrecionalmente en un rango considerable dentro del cual podía fijar el monto exacto de la pena en función de criterios de justicia y equidad. Así nació el sistema mixto de determinación de pena, que combina la autoridad abstracta del legislador con el poder de apreciación del juez en cada caso en concreto, siendo éste el procedimiento más utilizado desde esa época hasta la actualidad[322].

Algunas legislaciones modernas, dentro de las cuales se encuentra el Nuevo Código Penal francés de 1994, han aumentado el poder de apreciación del juez a favor del imputado, mediante la eliminación del límite inferior de la pena y solo fijando el límite mayor. Este sistema permite que el juez pueda determinar el monto de la pena desde cero hasta el límite mayor establecido por el legislador.

El proceso de determinación de la pena no se agota en el ámbito legal y en el judicial, en razón de que además de esas dos esferas interviene otra que es la administrativa, es decir aquella área del sistema penal que se encarga de materializar la ejecución, de ahí que desde 1898, Saleilles identificó tres niveles de individualización de la pena: **el legal, el judicial y el administrativo o penitenciario**[323]. En el anterior concepto se afirma que en la realización del derecho penal en lo que respecta a la imposición de una pena en un caso en concreto intervienen tres instancias: a) el legislador, a través del cual se garantiza que la pena impuesta se ajuste a los dictámenes del principio de legalidad, b) el juez, quien es que interpreta al legislador y determina la pena cumpliendo con la garantía del debido proceso, y c) el sistema penitenciario, que tiene a su cargo la responsabilidad administrativa de la ejecución de la pena dispuesta.

321 RAMOS, L., p. 31.
322 MIR PUIG, S. p. 715.
323 MIR PUIG., S., p. 515.

3.2 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE RIGEN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

3.2.1 Legalidad

El principio de legalidad de la pena es una de las principales garantías con que cuenta el ciudadano frente al poder punitivo del Estado o ius puniendi. Este principio es consustancial al modelo de sociedad organizada como Estado social democrático de derecho y postula que no hay delitos ni penas si no es en virtud de una determinación legal: nullum crimen nulla pena sine previa lege penale. El carácter garantista de este principio se manifiesta en la posibilidad que tienen los ciudadanos de conocer de antemano cuales son las conductas desaprobadas por el derecho penal, así como las penas o cualquier otra consecuencia jurídica a que se expone la persona que incurra en la comisión de alguna de esos actos delictivos.

En todos los ordenamientos jurídicos modernos el principio de legalidad de la pena es de rango constitucional. En la Republica Dominicana rige el principio de legalidad en las disposiciones establecidas en el artículo 8, numeral 2, letra J, donde establece la legalidad del proceso. El numeral 5 del mismo artículo establece el principio general de legalidad al disponer que "a nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe"[324]. Esta disposición aplica perfectamente a los actos jurisdiccionales en el sentido de que las acciones consideradas delitos, cuyas realizaciones se les prohíben a los ciudadanos y las sanciones aplicadas como consecuencia de esas acciones deben estar consignadas en las leyes. En ese mismo orden la Convención Americana de los Derechos Humanos establece en su artículo 9 que "….tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito". En ese mismo orden se expresa el Código Penal dominicano en su artículo 4 cuando establece que "las contravenciones, los delitos y los crímenes que se cometan, no podrán penarse, sino en virtud de una disposición de ley promulgada con anterioridad a su comisión". A partir de las disposiciones anteriores se confirma que en virtud del principio de legalidad de la pena, es al legislador a quien le corresponde la facultad de crear un marco general de punición para cada delito, en el que se establece la identidad de las penas o las medidas de seguridad, su límite temporal y las condiciones de ejecución.

La determinación ex ante del marco general de pena por parte del legislador constituye un aspecto positivo para la administración de justicia y para la protección de los derechos de los ciudadanos, puesto que orienta al juez sobre cual pena imponer, dentro de cuales limites y en el marco de qué condiciones, impidiendo de esa

324 OLIVARES GRULLÓN Y RAMÓN EMILIO NUÑEZ. Código Procesal Penal Concordado. Ver articulo 8, numeral 2, letra J y 5 de la Constitución de la República Dominicana, pág.277. Convención Americana de Derechos Humanos, articulo 9, p. 393. Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 15, p. 435. En jurisprudencia constitucional ver también el principio 4 de la Resolución 1920 relativa.

forma las arbitrariedades y los excesos que amenazan frecuentemente la actividad jurisdiccional en la práctica. Claro, no se concibe en modo alguno como regla general que el legislador le indique de manera absoluta al juez cual es la pena a aplicar en cada caso concreto, puesto que la experiencia ha demostrado que es saludable y racional que en el proceso de individualización de la pena el juez no sea un "distribuidor automático", sino que para poder garantizar la equidad, la moderación y la justicia, se hace necesario de que cuente con un margen de poder de apreciación que le permita ajustar la sanción en función de las circunstancias concretas relativas a cada caso en particular. En consecuencia, es un deber ineludible del juez someter cada posibilidad de punición a un examen riguroso de racionalidad y de equidad a fin de evitar tomar decisiones desequilibradas y desprovistas de sentido común.

3.2.2 Respeto a la dignidad humana

El proceso de determinación de la pena tanto en la esfera abstracta (el legislador), como en ámbito concreto (el juez), debe llevarse a cabo de tal manera que la pena bajo ninguna circunstancia implique una agresión o violación al derecho fundamental que tiene todo individuo a que se respete su dignidad humana. Al igual que el de legalidad, el principio de respeto a la dignidad humana que debe tomarse en cuenta en la determinación de la pena tiene un rango constitucional. Así lo establece el numeral 1 de la Constitución dominicana: "La inviolabilidad de la vida. En consecuencia no podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse en ningún caso la pena de muerte, ni las torturas, ni ninguna otra pena o procedimiento vejatorio o que implique la perdida o disminución de la integridad física o de la salud del individuo"[325].

La anterior disposición constitucional no solo señala de forma expresa los límites a que están sometidos el legislador, las agencias de persecución y los jueces con respecto a la determinación de la pena y la prohibición de incurrir en actuaciones que menoscaben la dignidad humanas de las personas, sino que además le hace entender a los jueces que al momento de individualizar una pena privativa de libertad y fijar su extensión deben tomar en cuenta las condiciones de vida en sentido general prevalecientes en las cárceles, ya que una pena larga para ser cumplida en un medio carcelario inmundo, hostil, hacinante, inseguro, carente de servicios básicos como habitación, salud y alimentación, es un atentado real a la dignidad humana del condenado. Por tanto, antes de establecer el monto de la pena, todo juez debe reflexionar sobre las condiciones materiales en que habrá de producirse la ejecución de la misma y a partir de esa reflexión proceder racionalmente de tal manera que no incurra en una injusticia mayor que la que pretende conjurar con su decisión.

325 OLIVARES GRULLÓN Y R. NUÑEZ., p. 276. Ver también artículo 5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos; artículo 7 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y principio 7 de la Resolución 1920.

La protección del principio de humanidad a través del proceso de racionalización de la cuantía de la pena implica, además, la posibilidad de que tanto el legislador como los jueces renuncien a imponer penas privativas de libertad cuando se trata de delitos de baja intensidad punitiva o de bagatela, en razón de que se ha demostrado la inutilidad de las penas cortas, ya que no sirven ni como castigo ni como medio de intimidación ni como medios de resocializacion. Toda pena inútil para el condenado sería atentatoria a la dignidad humana. De lo que se infiere la necesidad de solo recurrir a la pena privativa de libertad cuando se trate de la protección de un bien jurídico de alto valor para la sociedad y, por consiguiente, donde su justifique una punición razonablemente importante, que permita proyectar los fines de la pena.

3.2.3 Principio de proporcionalidad

Este principio postula que en la determinación de la pena debe existir una proporción razonable entre la gravedad del delito y la pena a imponer. En consecuencia las penas más graves deben aplicarse exclusivamente a los delitos graves. De igual modo, en el proceso de individualización en concreto de la pena por parte del juez el monto de la pena debe guardar relación con la intensidad del daño objetivo causado en combinación con un examen racional de la intensidad de la culpabilidad y demás condiciones subjetivas particulares al autor. El principio de proporcionalidad debe ser respetado y aplicado en las dos esferas en que opera la determinación de la pena. Es decir, el legislador, al momento de establecer en abstracto la pena que conlleva determinado delito, debe intentar ser justo y equilibrado, de tal forma que en la relación delito- pena prime la equidad, el buen juicio y el sentido común.

La preocupación por la proporcionalidad en la determinación de la pena no es nueva, pues ya desde el siglo XVIII, Beccaria reclamó el respeto de este principio al momento de determinar la pena: "Si la geometría pudiera adaptarse a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala exacta y universal de las penas y de los delitos, tendríamos una probable y común medida de los grados de tiranía y de libertad, del fondo de la humanidad o de la malicia de las diversas naciones. Pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales sin perturbar el orden, no decretando para los delitos del primer grado las penas del último ".[326]

El néctar exquisito del profundo y extremadamente trascendente pensamiento de Beccaria respecto al principio de proporcionalidad de la pena fue incorporado 25 años después de la publicación de su obra nada más y nada menos que en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia a raíz de la Revolución. Efectivamente, en el artículo 8 se establece que la ley no debe señalar,

325 OLIVARES GRULLÓN Y R. NUÑEZ., p. 276. Ver también artículo 5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos; artículo 7 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y principio 7 de la Resolución 1920.

sino estrictamente las penas necesarias y proporcionales al delito". El principio de proporcionalidad de la pena no solo se aplica cuando se establece una pena, cuyo monto se ajuste a los límites establecidos en abstracto por el legislador, sino que esta es una tarea que debe ser fielmente completada por los jueces que tienen a su cargo la individualización penal en los casos concretos, debiendo en todo caso fijar un monto a partir de una evaluación racional, consciente y prudente de las condiciones objetivas y subjetivas que rodean cada caso en particular. En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de proporcionalidad de la pena tiene rango constitucional, en razón de que nuestra Carta Sustantiva en su artículo en el numeral 5, del articulo 8 establece que ")…)la ley es igual para todos: no puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica" [237].

De igual modo se ha desarrollado de forma muy positiva, tanto en el legislación adjetiva como en la jurisprudencia el interés por el control de calidad sobre las decisiones judiciales a través de la motivación, ya que, por ejemplo, se crean normas que le indican al juez los criterios de determinación de la pena y en el plano de la motivación, no solo se le demanda a los jueces la necesidad de justificar la declaratoria de culpabilidad, sino también la calificación jurídica y el monto específico de la pena, ya que esto permite que una víctima de una sentencia desproporcionada, pueda impugnarla a través de la vía recursiva.

Ejercicio

En la sentencia condenatoria dictada por la Corte de Apelación del Departamento de San Pedro de Macorís en contra de los imputados de asesinato en contra del periodista Orlando Martínez, a quien disparó le fue impuesta la pena de 30 años, mientras que solo se le impuso 20 años al supuesto planificador del crimen y líder del grupo de supuestos malhechores, quien además, al momento de la materialización del hecho manejó el vehiculo en le que se perpetró el crimen llegando a colisionar intencionalmente al vehículo en el que se trasladaba Orlando al momento de atentado para lograr que este se detuviera y de esa forma proceder a materializar el asesinato. ¿Cree usted que en una decisión como la anterior los jueces aplicaron el principio de proporcionalidad? Explique.

227 OLIVARES GRULLÓN, F.Y RAMÓN N. , p. 277

3.3 LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA LEGISLACIÓN DOMINICANA

El sistema de determinación de la pena en la Republica Dominicana fue el mismo incorporado por Francia a partir de 1810 y adecuado en la reforma realizada en el año 1832. Esta última fue la versión del Código Penal que finalmente adoptamos los dominicanos. En sentido general nuestro procedimiento de determinación de penas se caracteriza por un predominio de penas flexibles con participación minoritaria de las penas únicas o determinadas de forma absoluta por el legislador. La mayoría de los tipos penales establecidos en el Código de 1884, conllevan penas en abstracto que establecen un mínimo y un máximo, otorgándoles a nuestros jueces la facultad de determinar el monto específico a aplicar en cada caso concreto. Las penas fijas más importantes que hemos tenido desde la puesta en vigencia del Código Penal, fueron la pena de muerte, que fue abolida en el año 1924, la pena de 30 años de trabajos públicos o reclusión mayor, que fue la sustituta de la pena de muerte y que todavía está vigente y la pena de 20 años de trabajos públicos o reclusión mayor.

3.3.1 Determinación de la pena cuando existen circunstancias atenuantes

Al sistema de penas flexibles predominante en nuestra legislación se agrega un sistema de atenuantes establecidas en el artículo 463 CP. En virtud de esta norma el poder del juez para individualizar la intensidad de la punición discrecionalmente se incrementa hasta poder traspasar el mínimo establecido por el legislador y colocarse en una escala menor. Por ejemplo, si un ciudadano es declarado culpable por el delito de homicidio intencional, calificado en abstracto con una pena de 3 a 20 años de reclusión mayor, si el juez estima soberanamente que existen circunstancias de hecho que justifican una pena por debajo del mínimo puede decidir válidamente la escala inmediatamente inferior que seria la de reclusión menor o la prisión correccional.

El sistema de atenuantes permite a los jueces individualizar la pena hasta en los casos de crímenes que conllevan penas únicas como es el caso del asesinato, el parricidio, el infanticidio, el envenenamiento, el incendio de morada. El artículo 463 CP no establece de manera expresa cuáles son las circunstancias atenuantes, sino que las mismas deben ser apreciadas por el juez de manera soberana[328]. Lo anterior significa que el poder dado por el legislador a los jueces al momento de individualizar la pena es sumamente amplio y discrecional para apreciar lo que ellos entiendan como circunstancias atenuantes, poder de apreciación que llega hasta a limitar el poder de control de la apelación y de la casación en estos casos. Sin embargo de modo enunciativo podríamos establecer que las circunstancias atenuantes son de naturaleza objetivas y subjetivas. Las primeras serían aquellas que están vinculadas al hecho en

328 RAMOS, L., p. 400.

sí, como el bajo grado de lesividad o cualquier otro aspecto que justifique una disminución de la pena. Las circunstancias subjetivas son aquellas que se refieren al autor del delito, su intención delictiva, su honestidad manifiesta, su arrepentimiento, su edad, su condición de delincuente primario, el nivel de seguridad que le dé al juzgador de que no volvería a delinquir, etc. En principio, las circunstancias atenuantes pueden ser aplicadas siempre a menos que una disposición legal especial no diga lo contrario, tal es el caso de la ley 50-88 y la 24-97, que prohíbe aplicar circunstancias atenuantes a los culpables de violar estas leyes.

3.3.2 Determinación de la pena en caso de circunstancias agravantes

El profesor Leoncio Ramos define las circunstancias agravantes como aquellas "determinadas por la ley, que se unen a los elementos generales y a los específicos de la infracción, y tienen como consecuencia necesaria, una pena mayor que le establecida en la ley, al definir las diversas figuras de delito"[329]. Un ejemplo de agravante es la parte infine del artículo 382, que penaliza el robo efectuado con violencia. Si la violencia utilizada para la perpetración del robo no ha causado lesión a la víctima, la pena es de 3 a 20 años; sin embargo, si se evidencia que la violencia ejercida ha dejado señales de contusiones o heridas, esta sola circunstancia bastará para que se pronuncie el máximum de la pena de trabajos públicos, que, es 20 años.

Ejemplos de la misma naturaleza que el anterior aparecen diseminados por toda nuestra legislación penal, como el robo realizado por asalariados, el homicidio practicado a través de veneno, el homicidio practicado por el hijo o hija de la víctima, etc. Sin embargo, al momento de determinar la pena cuando se presenta la oportunidad de aplicar esas agravantes los jueces deben verificar con exaustividad el nivel de certeza que poseen la posible existencia de esas agravantes, a fin de que no incurra en un error judicial que lo conduzca a imponer una pena injusta o desproporcionada.

La doctrina distingue muy bien las circunstancias agravantes legales y las judiciales. Las primeras son de la misma naturaleza de las que mencionamos anteriormente, ya que son circunstancias expresamente establecidas por el legislador. Sin embargo los jueces en determinados casos también aplican circunstancias agravantes al apreciar el nivel de culpabilidad, el daño objetivo o la lesión causada por el autor del delito, algunas condiciones particulares del imputado o cualquier otra circunstancia que induzca un endurecimiento del juez al imponer la pena. Cuando un juez en una escala de 3 a 20 años decide imponer el límite superior y no el menor o una escala intermedia está aplicando una agravante judicial. Somos de opinión que las agravantes judiciáles nunca pueden ser el fruto de la subjetividad del juez, ni

329 RAMOS, L., p. 392.

de las presiones que virtualmente pudiera estar haciendo la víctima o el acusador público. Por el contrario, al momento de fijar el monto de una pena el juez debe adherirse de forma incondicional a la razón, al buen juicio y al sentido común, de tal manera que la pena impuesta sea el fruto no de la intuición, sino de una decisión razonable y justa.

3.3.3 Determinación de la pena en casos de reincidencia

La reincidencia es una circunstancia vinculada a los antecedentes penales del autor que condiciona la determinación de la pena, así como otros aspectos vinculados al desenvolvimiento del proceso. La condición de reincidente, así como sus consecuencias punitivas, es determinada de forma expresa por el legislador a partir del artículo 56 del Código Penal. La reincidencia constituye una circunstancia que implica un agravamiento de la pena aplicable a aquellas personas declaradas culpables y condenadas más de una vez. El artículo 56 establece una escala de agravantes a partir de la consecuencia punitiva del segundo crimen. "El individuo que, habiendo sido condenado a una pena aflictiva o infamante, cometiere otro crimen que mereciese como pena principal la degradación cívica, se le impondrá la de reclusión. Si el segundo crimen mereciese la pena de reclusión, se le impondrá la de detención; si el segundo crimen mereciese la pena de detención, se le impondrá la de trabajos públicos. Finalmente, si el segundo crimen mereciese la pena de trabajos públicos, se le impondrá el doble de la pena que sufrió primeramente. Sin embargo, el individuo condenado por un Consejo de Guerra, en el caso de crimen o delito posterior, no se le castigará con las penas de reincidencia, sino cuando la primera condena hubiese sido pronunciada por crímenes o delitos punibles según las leyes penales ordinarias".

Como puede advertirse de la lectura del artículo 56, la condición de reincidente está supeditada a que el autor haya sido condenado de forma irrevocable por lo menos en una ocasión anterior. Esto significa que en caso de concurso real o cuando sobre una persona hay recaído una o varias imputaciones anteriores de las cuales no exista decisión de condena irrevocable, no podrá argumentarse la reincidencia.

El régimen de reincidencia no ha tenido un impacto importante en los procesos de determinación judicial de la pena en la Republica Dominicana. Las razones pueden ser varias: la primera es que nuestro sistema penal ha dependido durante mucho tiempo más de la prisión preventiva que de la sentencia firme, no existiendo interés por parte del órgano acusador por obtener sentencias condenatorias irrevocables en las mayoría de los casos. La segunda razón es que anteriormente no se contaba con un registro actualizado de condenados por lo que se dificultaba en gran medida la obtención de la prueba de reincidencia para someterla al debate al momento de discutirse la culpabilidad de un imputado, así como la pena aplicable en cada caso. Sin embargo en los últimos tiempos es notorio un cierto interés por parte del órgano

acusador por examinar los antecedentes de los imputados y procurar consecuencias jurídicas de esos antecedentes. De igual modo se observa mejor organización de los registros de condenados, lo que hace suponer que en lo adelante se hará más frecuente la discusión sobre agravantes derivadas de la condición de reincidente en los procesos de determinación de la pena.

Un aspecto influyente en los procesos de determinación de la pena lo constituye la condición de imputados recurrentes, es decir aquellos ciudadanos que ingresan continuamente al sistema de justicia acusados de la comisión de varios hechos delictivos, sin que sobre ellos haya recaído una sentencia condenatoria firme. Casi siempre este tipo de imputados se dedica a cometer delitos de raterías, como robos de poca importancia, riñas, microtráfico de drogas, etc. Aunque contra este tipo de imputados no se alega reincidencia, sí es frecuente que el órgano acusador utilice datos de otros procesos incluyendo fichas policiales con la finalidad de que los jueces sean menos benignos y actúen con mayor rigor al momento de individualizar cualquier tipo de coerción, ya se cautelar o penal. Es evidente que en un derecho penal de hecho como el nuestro tales prácticas resultan peligrosas e irracionales, pero sobre todo violatorias del principio de legalidad de la pena.

En su Código Penal Anotado, el Doctor Artagnan Pérez Médez recoge dos jurisprudencias importantes sobre reincidencia. En la primera se trata de una decisión de nuestra Suprema Corte de Justicia de 1910, en la que el Alto Tribunal aclara las condiciones en que a un condenado a trabajos públicos se le puede aplicar las reglas de la reincidencia. La segunda decisión es de 1927 y en ella la Suprema trata de resolver lo que ellos denominan "un error material" que en muchos casos puede convertirse en una atenuante, situación que contraría la intención auténtica del legislador de agravar la punición de los reincidentes. Veamos:

"Considerando: En cuanto al segundo medio de casación deducido de la violación del artículo 56 del Código Penal, tercera parte, que su último miembro " se le impondrá el doble de la pena que sufrió primeramente", se refiere al caso en que un reincidente fuere condenado antes a trabajos públicos, porque de lo contrario no habría agravación legal acarreada por la reincidencia, que aumenta siempre la penalidad de los crímenes, delitos y contravenciones, según el sistema instituido por los artículos 56, 57, 58 y 486; que en la especie, no cabe la aplicación del artículo 56 en su tercera parte, a la nueva infracción cometida por el señor N.N., dado que la pena que el sufrió en virtud de sentencia pasada en fuerza de cosa juzgada, consistió en la reclusión y por consiguiente, la aludida corte no tenía que ajustar su fallo a lo dispuesto por el consabido artículo, en su tercera parte, como pretende el intimante" (Suprema Corte, 29 Junio 1910, B.J. 3, p. 78 y 79, Recopilación de ONAP, Vol. I, 1908-1912; 28 Febrero 1927, B.J. 199, p. 18.)[330].

"Considerando: Que reincidencia de la comisión de infracciones castigadas por la ley, en causa de agravación de la pena; no de atenuación; que así está determinado

330 PÉREZ MÉNDEZ A., P. 477.

en los incisos primero y segundo del artículo 56 del Código Penal, los cuales disponen….pero al decir, en el inciso tercero que " si el segundo crimen mereciese la pena de trabajos públicos, se le impondrá el doble de la pena que sufrió primeramente", se hace de la reincidencia, en varios casos, una causa de atenuación de la pena en vez de serlo de agravación; lo que es evidentemente absurdo y obliga a reconocer que en la redacción de este tercer inciso hay un error; que probablemente, lo que quiso decir fue que se aplicaría el doble de la pena que correspondiese al nuevo crimen, claro está, que el error no puede ser corregido por los jueces en el sentido de esa hipótesis, puesto que sería necesario un texto de ley para imponer tal pena, pero por otra parte, la razón y la justicia se opone a que por aplicación literal del inciso tercero del artículo 56, se imponga al criminal reincidente, por el hecho de serlo, una pena aflictiva e infamante. En presencia del manifiesto error del inciso tercero del artículo 56, forzoso es considerar que en el caso que en él se prevé, no puede agravarse la pena al reincidente, por no estar determinada por la ley, la pena más grave que deberá imponérsele; y que por tanto el juez podrá imponerle la pena de trabajos públicos dentro de los límites correspondientes, al crimen de que se trata[331].(Suprema Corte de Justicia 28 de Febrero del año 1927, B.J. 199, p. 17 y 18)330.

Los artículos 58 y 59 regulan la reincidencia en ocasión de una segunda pena, cuando ésta es correccional antecedida de una condena mayor de un año y el supuesto de una persona que habiendo sido condenada a una pena correccional de un año o menos, cometiere de nuevo un delito. En el primer caso la pena aplicable es el máximun fijado, pudiendo ser elevada hasta el doble y en el segundo caso se aplicará el máximun de la pena fijada, pudiendo alzarse su duración al duplo del tiempo fijado, además del sometimiento del condenado a la vigilancia de la alta policía por un período de uno a cinco año[332].

3.3.4 La determinación de la pena en caso de tentativa

En virtud del principio de proporcionalidad, la tentativa nunca podría ser sancionada como el delito consumado, puesto que desde el punto de vista objetivo entre el intento y la realización plena de un hecho delictivo existen diferencias sustanciales que no pueden obviarse al momento de individualizar las consecuencias jurídicas que se derivan de uno otra circunstancias. Por ejemplo, el homicidio consumado produce, como consecuencia, la desaparición material de la vida, mientras que la tentativa solo pone en peligro ese bien jurídico. Dos consecuencias manifiestas tan diferentes deben tener una repercusión igualmente diferente al momento de determinar la pena. Es por ello que en nuestra opinión la tentativa debe ser sancionada con una pena menor a la determinada por el delito consumado.

331 PÉREZ MÉNDEZ A., p. 478 - 479.
332 Código Penal, artículos 56, 57 y 58.

En un sistema penal basado en la idea de justicia y protección de bienes jurídicos, la lesión real al bien jurídico constituye el factor fundamental para determinar las consecuencias jurídicas en ocasión de un acto criminal. No es lo mismo aquel que perdió la vida, que aquel que estuvo a punto de perderla. En nuestro sistema penal el legislador al determinar en abstracto la pena de la tentativa, no dispuso que ésta fuera condenada como el crimen mismo, sino que elaboró una redacción en que le otorgó a los jueces la facultad de examinar cada caso en concreto: "la tentativa podrá ser sancionada como el crimen mismo (art. 2 del CP). Sin embargo, ,en la práctica se observa que el legislador ha sido más liberal que los jueces, puesto en los procesos de determinación judicial en caso de tentativa existe una tendencia bastante firme de aplicarle a la tentativa no solo la misma escala, sino el tope máximo aplicable al crimen consumado. Esta situación pone de relieve la fuerte presencia del autoritarismo en nuestro sistema de justicia, el cual esperamos que en lo adelante vaya siendo desplazado[333]

3.3.5. Determinación de la pena en caso de excusas

Una excusa es una circunstancia de hecho que libera a un culpable de cumplir la pena aplicable parcial o totalmente. Las excusas no están sujetas al arbitrio judicial, sino que son expresamente determinadas por el legislador mediante la recreación en abstracto de los supuestos de hechos que habrían de originarlas en el futuro[334]. Si al momento de determinar la pena el juez observa la existencia de una excusa absolutoria, debe pronunciar el descargo del imputado aunque subsistan los presupuestos sobre los cuales fue construida la culpabilidad del autor. En cambio, si la naturaleza de la excusa es atenuante, entonces deberá disminuirse la pena hasta los límites permitidos por el legislador. El examen de la existencia de circunstancias atenuantes debe hacerse tanto en virtud del principio de justicia rogada, como de manera oficiosa por parte del juez.

La legislación penal dominicana registra un amplio catálogo de excusas, aplicables por parte de los jueces al momento de determinar la pena siempre y cuando proceda legalmente su acogencia. Sin embargo, las más importantes son las contenidas en el artículo 321, que instituye la provocación como causa de excusa del homicidio, las heridas y los golpes. De igual modo el artículo 322 establece una causa de excusa del homicidio, las heridas y los golpes que se cometan repeliendo durante el día escalamiento, rompimiento de paredes, cercados o fracturas de puertas… Tanto el legislador, como la jurisprudencia se han encargado de establecer una serie de condiciones muy rigurosas para que proceda acoger la excusa legal de la provocación en los casos indicados anteriormente[335].

333 PÉREZ MÉNDEZ, A., pàgs. 61 y ss.

334 RAMOS L., pàg. 400

335 RAMOS, L., p. 401 y ss. Sobre las condiciones legales para que proceda la excusa legal de la provocación el profesor LEONCIO RAMOS desarrolla uno de los estudios más completo que se haya escrito sobre ese tema. El profesor analiza profundamente nuestra legislación, la francesa y la española en cuanto al tema del Excusa legal de la provocación y critica duramente la posición de la jurisprudencia dominicana que ha asumido el texto francés contrariando el texto dominicano que es más amplio y mas liberal que el de nuestra legislación modelo.

La determinación de la pena en estos casos ha sido tasada por el propio legislador en el artículo 326 CP, el cual establece que si prueba la circunstancia de excusa, las penas se reducirán del modo siguiente: si se trata de un crimen que amerite pena de treinta años de trabajos públicos o de trabajos públicos, la pena será la de prisión correccional de seis meses a dos años. Si se trata de cualquiera otro crimen, la pena será la de prisión de tres meses a un año. En tales casos, los culpables quedarán por la misma sentencia de condenación, sujetos a la vigilancia de la alta policía durante un tiempo igual al de la condena. Si la acción se califica de delito, la pena se reducirá a prisión correccional de seis días a tres meses.

3.3.6 Derecho penal de hecho, Derecho penal de autor y determinación de penas

El ordenamiento jurídico penal dominicano desde su origen ha establecido un sistema mixto para la determinación de la pena. Es decir, tanto en el ámbito legal o abstracto, como en el judicial la individualización de la pena esta determinada tanto por la ocurrencia de un hecho como por circunstancias particulares propias del autor del acto delictivo de que se trate. Nuestro sistema penal persigue hechos concretos pero al momento de determinar la pena la conducción de vida del imputado tiene determinada importancia. Por ejemplo, al momento de aplicar circunstancias atenuantes de conformidad con el artículo 463 del CP, así como al tomar en cuenta los criterios de determinación de la pena establecidos en el artículo 339 del CPP, el legislador manda a examinar los antecedentes del imputado como uno de los requisitos fundamentales de para la individualización. De igual modo en virtud del sistema de reincidencia establecido en los artículos 56, 57 y 58 del CP., la determinación de la pena esta vinculada a los antecedentes del condenado. En nuestra opinión, una persona no puede ser juzgada en función de sus antecedentes negativos, ya que con ello se incurre en una violación del principio al principio de legalidad y al marco general del sistema punitivo basado en el principio de culpabilidad por el hecho. Sin embargo, los antecedentes positivos de una persona sí pueden ser tomados en cuenta para la determinación de la pena, puesto que ello conduciría al predominio de la racionalidad y la prudencia en la administración de justicia. Al aplicar el régimen de reincidencia debe tomarse en cuenta hasta qué punto al condenado le es impuesta una doble pena por un mismo hecho, en cuyo caso procedería examinar las implicaciones de carácter constitucional que podrían derivarse, a partir del principio que establece que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

3.4 LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA NUEVA NORMATIVA PROCESAL PENAL.

El nuevo Código Procesal Penal ha instituido una serie de normativas destinadas a controlar y pautar el proceso de determinación e individualización de la pena por

parte del órgano jurisdiccional. En ese orden el legislador ha provisto la normativa que dispone la obligación de motivar, los criterios de determinación, el perdón judicial, la suspensión condicional de la pena, las condiciones especiales de cumplimiento, el juicio sobre la pena y el control judicial de la ejecución. Ese conjunto de instituciones creadas por el legislador con respecto a la determinación e individualización de la pena configuran evidentemente una tendencia legislativa que procura básicamente la racionalización de los procesos de fijación de penas, privilegiando las penas cortas, la atenuación, así como la posibilidad de acceder cada día más a modalidades distintas a la pena privativa de libertad. Esa tendencia debe ser entendida por los jueces como un reconocimiento implícito del legislador de la inutilidad de las penas largas y desproporcionadas.

3.4.1 La obligación de motivar

Un elemento fundamental en aras de racionalizar los procesos de determinación de la pena establecidos en el CPP, lo constituye la obligación normativa de la motivación de todos los puntos decididos en la sentencia, dentro de los cuales, por supuesto se encuentra la pena en caso de que el fallo sea condenatorio (art. 24 del CPP). La obligación de motivar la pena, no solo incluye su justificación en el plano abstracto, sino que se hace necesario que el juez indique las razones materiales que lo condujeren a fijar un monto determinado.

3.4.2 Los criterios de determinación de la pena previstos en el Código Procesal Penal.Otro elemento importante inherente a la determinación de la pena es que al momento del juez dictar sentencia condenatoria debe fijar con precisión "las penas que correspondan y, en su caso, determina el perdón judicial, la suspensión condicional de la pena y las obligaciones que deba cumplir el condenado", debiendo el órgano jurisdiccional "unificar la pena cuando corresponda" (art. 338 CPP). De lo anterior se evidencia el interés del legislador porque el juez asuma activamente la cuestión relativa a la determinación de la pena, con una visión amplia, de tal manera que una actitud de rutina no conduzca a un sistema de individualización judicial de la pena arbitraria y basada en prejuicios autoritarios.

Uno de los aspectos más relevante de los que resaltan en la incursión que hizo el legislador procesal en el ámbito de la pena lo constituye el catálogo de criterios para la determinación de la pena establecidos en el artículo 339 CPP:

a) El grado de participación del imputado en la realización de la infracción, sus móviles de conducta posterior al hecho;

b) Las características personales del imputado, su educación, su situación económica y familiar, sus oportunidades laborales y de superación personal;

c) Las pautas culturales del grupo al que pertenece el imputado;

d) El contexto social y cultural donde se cometió la infracción;

e) El efecto futuro de la condena en relación al imputado y a sus familiares, y sus posibilidades reales de reinserción social;

f) El estado de las cárceles y las condiciones reales de cumplimiento de la pena;

y g) La gravedad del daño causado en la víctima, su familia o la sociedad en general.

Estos criterios resultan de vital importancia porque permiten darle aplicación práctica al principio de proporcionalidad en función de la participación objetiva del imputado, su actitud personal antes de cometer el hecho y después de su realización, el contexto socioeconómico y cultural, las posibilidades reales de reinserción, el estado de las cárceles y la dimensión del daño en lo particular y en lo social. A partir de esta norma se le hace imperativo al juez fijar el tipo de pena, su monto y la modalidad de cumplimiento, mediante un proceso de individualización basado en la realidad concreta y no necesariamente en la literalidad abstracta de los tipos penales. Si observamos la estructura de las legislaciones modernas, así como el comportamiento de la jurisprudencia, la tendencia predominante para la determinación de la pena es la de reservarle al legislador la facultad absoluta de establecer el límite máximo de cada pena y al mismo tiempo, otorgarle al juez un amplio margen de libertad para apreciar las particularidades objetivas y subjetivas de cada caso y en función de ese poder de apreciación fijar montos menores, sustituciones, suspensiones de penas, condiciones especiales de cumplimiento y hasta el perdón judicial. Estas tendencias demuestran el interés del legislador por racionalizar los procedimientos de individualización con la finalidad de que las penas altas o graves solo se utilicen en casos excepcionales y cuando su imposición resulte extremadamente necesaria.

Los criterios enumerados en el artículo 339 CPP constituyen unA guía eficaz para graduar la culpabilidad y en función de ello determinar la pena, tomando en cuenta la actitud subjetiva del autor. En caso de coautoría, si se aplica esta norma, aun exista una declaración de culpabilidad en el marco de una misma calificación jurídica, la pena aplicable a cada uno de los imputados no necesariamente debe ser la misma en términos de cuantía y modalidad, ya que estos últimos factores van a depender de las condiciones particulares a cada imputado con relación a su participación objetiva, su contexto socioeconómico y cultural, así como las demás características subjetivas ya enunciadas.

Las condiciones de las cárceles como criterio a observar al momento de determinar la pena representa la admisión por parte del legislador de que la gravedad de la pena no depende solamente del tipo de individualización hecha por el legislador y por el juez, sino también por las condiciones reales de ejecución. El medio carcelario nuestro, por ejemplo, se ha caracterizado tradicionalmente por su funcionamiento en

el marco de condiciones materiales totalmente inhumanas y degradantes, en donde 5 años de permanencia representan más de 20, desde el punto de vista del deterioro de la calidad de vida que se produce en los que ingresan esos centros, y esa es una situación que debe ser tomada en cuenta por el legislador al individualizar en abstracto las sanciones y los jueces al momento de fijar la pena en concreto.

Por último donde con mayor claridad queda cristalizado el principio de proporcionalidad de la pena en la norma 339 CPP es en el numeral 7, al imponerle a los jueces la obligación de tomar en cuenta la gravedad del daño en la víctima, su familia o la sociedad en sentido general. Para la imposición de una pena grave el daño causado a la víctima debe ser objetivamente grave, lo que indica que la indignación subjetiva de la víctima, así como su diligente actividad acusatoria en contra del imputado no son elementos suficientes para que a dicho imputado se le imponga una pena desproporcionada. El limite mayor de una pena abstracta debe ser impuesto solo en los casos en que el daño material causado a la víctima constituya la modalidad de agresión más lesiva que pueda sufrir el bien jurídico protegido en el tipo penal aplicado, tomando en cuenta naturalmente los móviles, la actitud de la victima y el nivel de reproche atribuible al imputado.

Ante la ocurrencia de un delito no hay una presunción de agravio social, en razón de que la sociedad no se conmociona cada vez que se produce un crimen o un delito. Es mas, la sociedad por lo general es indiferente ante la ocurrencia de la mayor parte de los crímenes que se comenten y solo casos excepcionales, muy graves, de gran impacto mediático o con características especiales se producen reacciones sociales manifiestas. Lo anterior significa que al momento de determinar la pena, lo primero que debe el juez averiguar es si en ese caso especifico existen evidencias de que la sociedad ha sentido algún agravio y a partir de ese sentimiento colectivo intentar descifrar la existencia de alguna expectativa social con respecto a la punición, de lo contrario el juzgador no debe presumir la existencia del daño social que no se haya manifestado objetivamente.

3.4.3. El perdón judicial

En el proceso de individualización judicial de la pena, el articulo 340 CPP establece que, cuando se dan circunstancias extraordinarias de atenuación, siempre que la "pena imponible no supere los diez años de prisión", el órgano jurisdiccional tiene la facultad de liberar de pena al imputado o diminuirla hasta por debajo del mínimo establecido en la ley.

Las causas de atenuación establecidas expresamente en el articulo 340 CPP son las siguientes:

a) La participación mínima del imputado durante la comisión de la infracción;

b) La provocación del incidente por parte de la víctima o de otras personas;

c) La ocurrencia de la infracción en circunstancias poco usuales;

d) La participación del imputado en la comisión de la infracción bajo coacción, sin llegar a constituir una excusa legal absolutoria;

e) El grado de insignificancia social del daño provocado;

f) El error del imputado en relación al objeto de la infracción o debido a su creencia de que su actuación era legal o permitida;

g) La actuación del imputado motivada en el deseo de proveer las necesidades básicas de su familia o de sí mismo;

h) El sufrimiento de un grave daño físico o psíquico del imputado en ocasión de la comisión de la infracción;

i) El grado de aceptación social del hecho cometido.

En gran medida, las anteriores razones de atenuación son las mismas exigidas en el articulo 339 CPP para la determinación de la pena, lo que nos demuestra que el interés del legislador al pautar el procedimiento de determinación de pena es tendente casi exclusivamente racionalizar los montos mediante la atenuación, la liberación total y el uso de alternativas de sustitución de la pena privativa de libertad en los casos en que sea posible.

Sin embargo, al aplicar el perdón judicial se presentan algunas situaciones de carácter interpretativos que deben ser resueltas. Veamos:

1.- En su parte cabecera el artículo 340 CP establece como condición primaria para aplicar el perdón judicial que la "pena imponible no supere los diez años de prisión". ¿Se refiere esa disposición a la pena abstracta (la que establece a la ley) o a la pena en concreto luego de que el órgano juzgador ha hecho el proceso de individualización en el caso particular? Aunque la norma no entra en esos detalles, es evidente que el legislador se refiere a la pena en concreto, por una razón sencilla: la pena imponible en cada caso concreto debe ser el resultado de la combinación efectiva del proceso de determinación abstracta que pone los primeros límites, conjuntamente con el procedimiento de individualización concreta que hacen los jueces. En consecuencia, la pena abstracta es una proyección general que debe ser ajustada y subsumida por el órgano juzgador.

2.- El segundo aspecto relevante que amerita esclarecimiento al aplicar el perdón judicial es en lo relativo a establecer si las 9 causales de atenuantes expresamente descritas por el artículo 340 CPP son concurrentes o si por el contrario con una o

varias de ellas sería suficiente para que los jueces acojan el perdón. La forma de la redacción de la norma, unida a la abundancia de razones de atenuación enunciadas nos permiten asegurar que no es necesario la concurrencia de todas las atenuantes establecidas en el texto analizado para que pueda acogerse el perdón judicial. Por ejemplo, el artículo 340 establece que: "siempre que la pena imponible no supere los diez años de prisión, atendiendo a las siguientes razones".

Si al legislador le hubiese interesado que dichas circunstancias tuvieran que presentarse de forma concomitante, la redacción probablemente hubiese sido la siguiente: "siempre que concurran las siguientes razones". Esto se puede demostrar fácilmente mediante el examen de otras disposiciones semejantes del mismo código, como es el caso de la norma 227 CPP relativa a las medidas de coerción, la cual establece que "procede aplicar medidas de coerción, cuando concurran todas las circunstancias siguientes". Lo anterior indica que el legislador en estos casos hace las matizaciones pertinentes cuando decide darle cierta rigurosidad a determinadas aplicaciones, por lo que en el caso del articulo 340 CPP no creemos que haya sido la intención de la ley requerir la concurrencia de las nueves causales de atenuación requeridas para aplicar el perdón judicial.

3.- El tercer aspecto a considerar es el que se refiere a si para la aplicación del perdón judicial rige el principio de justicia rogada o si, por el contrario, los jueces de oficio están facultados para otorgarlo. Por principio general la normativa tiende a darle libertad de acción a los jueces cuando se trata de decisiones que favorecen al imputado, así lo dispone el articulo 25 CPP relativo a la interpretación de las normas, así como el 335 CPP en su parte final cuando establece que "en la sentencia, el tribunal puede dar al hecho una calificación jurídica diferente de contenida en la acusación, o aplicar penas distintas de las solicitadas, pero nunca superiores". Como el perdón judicial es una decisión que favorece al imputado y siendo obligatorio para los jueces observar los criterios de determinación establecidos en el artículo 339 CPP, así como la discrecionalidad positiva instituida en el artículo 336 CPP, es evidente que el perdón judicial puede ser declarado de oficio por parte del tribunal juzgador.

Del estudio integral de los artículos 336, 337, 338, 338, 339, 340, 341, 342 CPP, podemos concluir que el proceso de individualización de la pena en cada caso concreto por parte de los jueces cubrir de forma oficial los siguientes puntos: 1. Establecer la culpabilidad, 2. Establecer los criterios de determinación de la pena al caso concreto, 3. Individualizar el monto imponible a cada imputado en particular, tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso y el principio de proporcionalidad objetiva y subjetiva 4. Examinar si es aplicable o no el perdón condicional, la suspensión condicional de la pena, las condiciones especiales de cumplimiento o cualquier otra atenuante o beneficio establecido en el ordenamiento, 5. Tomando como punto de partida el análisis anterior, se procede a tomar la decisión.

3.4.2 La suspensión condicional de la pena

El artículo 341 CPP otorga a los jueces la facultad de imponer una pena y al mismo tiempo suspender su ejecución parcial o totalmente. El poder para decretar la suspensión de la ejecución de la pena no es absoluto, sino más bien relativo, en el sentido de que la propia normativa establece una serie de condiciones que limitan las posibilidades de aplicación de este beneficio a favor de los imputados. El primer límite para acceder a la suspensión condicional de la pena es que "la condena conlleve una pena privativa de libertad igual o inferior a 5 años" y "el imputado no haya sido condenado penalmente con anterioridad". Tal y como lo expresa el propio articulo 341, la suspensión de la pena tiene un carácter condicional, y esta sujeta a condiciones, por lo que esta puede ser revocada si el imputado no cumple con el conjunto de obligaciones impuestas.

Por lo general las condiciones impuestas son medidas de seguridad, las cuales son las mismas establecidas en el artículo 41 relativas a la suspensión condicional del procedimiento. De lo anterior podemos afirmar que la suspensión condicional de la pena constituye un ejemplo práctico de cambio de pena privativa de libertad por medidas de seguridad y otras restricciones, lo que constituye una demostración más de que la pena privativa de libertad va perdiendo terreno en los sistemas penales nuestros.

3.4.3 Condiciones especiales de cumplimiento de la pena

Tradicionalmente el sistema penal nuestro ha dependido casi exclusivamente de la pena privativa de libertad, cumplida por los imputados en centros carcelarios extremadamente deshumanizantes e inmundos desde antes que intervenga sentencia firme, mediante el disfraz de la prisión preventiva. Sin embargo, el artículo 342 del CPP introduce la posibilidad de que en determinadas circunstancias el juez al momento de fijar la pena privativa de libertad pueda establecen condiciones especiales de cumplimiento como el domicilio del condenado, un centro de salud mental, geriátrico, clínico o de desintoxicación.

En concreto, al momento de fijar la pena, el tribunal debe tomar en consideración las condiciones particulares del imputado que hagan recomendable un régimen especial del cumplimiento de la pena en los casos siguientes:

1) Cuando sobrepasa los setenta años de edad;

2) Cuando padezca una enfermedad terminal o un estado de demencia sobreviviente con posterioridad a la comisión de la infracción;

3) Cuando la imputada se encuentre en estado de embarazo o lactancia;

4) Cuando exista adicción a las drogas o el alcohol.

En estos casos el tribunal puede decidir que el cumplimiento de la pena se verifique parcial o totalmente en el domicilio del imputado, en un centro de salud mental, geriátrico, clínico o de desintoxicación. En el caso previsto en el numeral 4, el tribunal puede condicionar el descuento parcial o total de la pena al cumplimiento satisfactorio del programa de desintoxicación por parte del imputado.

La previsión del articulo 342 CPP es tan razonable como humana, ya que va dirigida a favorecer a los imputados avanzados de edad, que pasen de 70 años, a los que padecen de una enfermedad terminal o mental, a las mujeres embarazadas o en estado de lactancia y a los que sufran de adicción a las drogas o al alcohol.

La importancia de esta disposición es que no pone l´mite al monto de la pena y al igual que en los casosˆde suspensión condicional de la pena la aplicación de este beneficio implica el cambio de la pena privativa de libertad por medidas de seguridad o restricción de derechos.

3.4.4 Cumplimiento de la pena en el extranjero

El artículo 343 CPP dispone que "en el caso de extranjeros provenientes de países con los cuales exista tratados de cooperación judicial o penitenciaria, el tribunal puede ordenar que la pena sea cumplida total o parcialmente en el país de origen o residencia del imputado". Esta previsión también es razonable, puesto que a un extranjero es posible que le sea más conveniente cumplir su sentencia en su país de origen, ya sea para estar más cerca de sus familiares, o porque existan mejores condiciones carcelarias, etc. En otro sentido, el Estado se ahorra recursos, en términos de habitación, alimentación y servicio de salud.

3.4.5 Juicio sobre la pena, como factor de control de la determinación

Los artículos 348 y siguientes CPP consagran la posibilidad de que el tribunal declare la división del juicio en dos fases: la primera para discutir la culpabilidad del imputado y la segunda para debatir todo lo relativo a la individualización de la pena. Estas disposiciones confirman de forma irrefutable la preocupación del legislador por la cuestión de la determinación de la pena. Las condiciones requeridas para que pueda ser ordenada la división del juicio son dos: a) que la pena imponible pueda superar los 10 años. En este caso sí procede tomar como parámetro la pena abstracta, por la razón de que al momento de la solicitud no hay posibilidad de realizar la individua-

lización concreta en el ámbito jurisdiccional porque aún no se ha llevado a cabo el juicio, además el propio artículo 348 utiliza el término eventual de "en los casos en que la pena imponible pueda pasar de 10 años".

La segunda condición es que para disponer la división del juicio rige el principio de justicia rogada, siendo la defensa la única parte legitimada para solicitarlo. Con el juicio sobre la pena se pone de manifiesto el interés del legislador porque el proceso de determinación de la sanción sea el producto de un verdadero debate en el que las partes y el propio tribunal pongan especial interés en la cuestión de la pena, debiéndose producir los insumos necesarios para que se produzca una individualización bien ponderada en función del principio de proporcionalidad, y demás criterios establecidos para la determinación de la pena. Así lo confirma el artículo 350 del CPP, el cual establece que "el debate sobre la pena se realiza conforme a las reglas del juicio. El presidente concede la palabra a las partes para que aleguen sobre la pena aplicable. El imputado puede presentar pruebas de circunstancias atenuantes, aunque no estén previstas en la ley".

El legislador insiste en que tanto el tipo de pena como el monto a imponer no pueden ser el fruto de la intuición, del prejuicio o de la pasión, sino más bien de un examen objetivo y profundo de las condiciones objetivas y subjetivas relacionadas con el imputado, el contexto social y las condiciones de la víctima es por ello que en el artículo 351 se requiere a título obligatorio un informe que debe ser valorado por los jueces previo al fallo en el que se establezca datos "sobre la base de una investigación minuciosa de los antecedentes de familia e historia social del imputado convicto y del efecto económico, emocional y físico que provocado en la víctima y su familia la comisión de la infracción, que le permita emitir su decisión[337] .

3.4.6 La determinación de la pena en el juicio abreviado

El procedimiento de determinación de la pena en el juicio abreviado resulta básicamente de un acuerdo consensuado entre las partes (acusador y acusado) en los casos en que la ley permite este tipo de acuerdo. La principal restricción para el juicio abreviado es que la pena prevista para el delito de que se trate sea igual o menor a 5 años de privación de libertad o una sanción diferente a la pena privativa de libertad. De nuevo aquí se presenta el problema de determinar si se trata de cinco años en pena abstracta o si, por el contrario, el texto se refiere a la expectativa de pena que tenga la parte acusadora, tomando en cuenta que en un sistema acusatorio desde que se el ministerio público o el querellante formulan una acusación deben haber previsto la dimensión de la sanción que pretenden solicitar al órgano jurisdiccional competente. En un sistema preponderantemente de penas flexibles como el nuestro, impugnar

337 Sobre este punto resultan sumamente interesantes las disposiciones del artículo 352 sobre las reglas que deben observarse al momento de elaborar el informe. El artículo 353 sobre el proceso de deliberación en los casos de juicio sobre la pena.

la posibilidad de un juicio abreviado sobre la base de que el límite superior de la pena abstracta supere los 5 años, existiendo un límite menor de 5 años o menos, ya que al tratarse de un acuerdo entre las partes, el monto de la pena proyectado para el caso específico puede ser establecido en el mismo acuerdo y el juez en virtud del principio de justicia rogada no tendría la posibilidad objetiva de hacer objeciones en ese sentido. En los casos de penas fijas que sobrepasen los 5 años las partes pueden establecer en el acuerdo que se acogen al sistema de atenuantes establecido en el artículo 463 del CP y solicitarle al juez la homologación correspondiente.

En el juicio abreviado el poder del juez en el proceso de individualización de la pena también es sólido, en razón de que no obstante el acuerdo a que hayan arribado las partes, éste "puede absolver y condenar según procesa, sin en caso de condena, ésta no puede ser superior al monto acordado entre las partes[338].

3.4.7 La cuantía de la pena como medio de impugnación

El numeral 1 del artículo 426 del Código procesal penal establece como uno de los motivos para recurrir en casación "cuando en la sentencia de condena se impone una pena privativa de libertad mayor a 10 años". Ya nos hemos referido a que uno de los puntos esenciales en el procedimiento de determinación judicial de la pena es el relativo a su monto o cuantía. Efectivamente, el legislador a puesto especial interés en la racionalizaciòn de la cuantía de la pena en los casos concretos y es por ello que ha establecido la posibilidad de que en algunas circunstancias la cuantía de la pena sea por sí solo un medio de impugnación. Evidentemente que posibilidades impugnaticias de ese género constituyen una garantía para darle vigencia efectiva al principio de proporcionalidad de la pena. En los demás casos la falta de motivación del monto de la pena en primer grado y en apelación también constituye motivos de recursos al igual que la violación al principio de proporcionalidad de la pena.

Lectura

CRITERIO PARA MOTIVAR ADECUADAMENTE LA PENA DE PRISIóN. TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, Segundo Circuito Judicial de San José.

Goicoechea, a las diez horas quince minutos del cinco de diciembre de dos mil dos.

338 Ver artículos 363, 364 y365 sobre el acuerdo pleno. Sobre el acuerdo parcial donde se hace un juicio sobre la pena ver artículos 366, 367 y 368.

III.- Se le hace ver al juzgador que, de conformidad con los artículos 142, 363 inciso b) y 369 inciso d) del Código Procesal Penal, al dictar una sentencia condenatoria tiene siempre la obligación de motivar en forma adecuada la pena a imponer. En este sentido, la Sala Constitucional ha indicado reiteradamente que: "… el derecho a una adecuada, razonada y suficiente fundamentacion del monto de la pena a imponer, forma parte del debido proceso." (ver, por ejemplo, voto número 2000-0424, de las 15:51 horas del 12 de enero de 2000). Al respecto, es importante acotar que ya esta Cámara se ha pronunciado ampliamente sobre los requisitos que deben cumplirse a la hora de motivar la imposición de la pena. Así, en el voto 2002-053 de las 10:15 horas del 1 de febrero de 2002.

A parte de reconocerse que con el proceso abreviado las garantías constitucionales no se suspenden ni se renuncian, por lo que el tribunal de juicio tiene el deber de fundamentación, se indicó, además, lo siguiente: " III.1) Finalidad de la pena: Para la fijación de la pena el tribunal parte de la premisa original de Ziffer (ZIFFER, Patricia S.: Lineamientos de la determinación de la pena; Ad-Hoc, Honrad Adenauer Stiftung, CIEDLA; Buenos Aires; 1996), quien con acierto señala que la individualización de la pena debe responder a los fines políticamente asignados a esta. La decisión del fin de la pena es de naturaleza política criminal de modo que los tribunales, sin hacer político-criminal en el caso correcto y si separarse de las líneas maestras señaladas por el ordenamiento jurídico en abstracto-por el legislador en otras palabras-, debe cuantificar la pena en cumplimiento de aquellos principios básicos de la política criminal. Consecuencia de lo anterior es la obligada Const.Pol. y a otras fuentes de derecho, en orden descendente, para determinar antes que otra cosa la finalidad política de la pena en el derecho costarricense. La carta Constitucional guarda silencio acerca del tema, por lo que debe acudirse a los tratados internacionales que, de acuerdo al artículo 7 de la Const. Pol., tiene fuerza inferior a la constitución pero superior a la ley. Así encontramos el artículos 5 de la Convención americana sobre Derechos Humanos que en los artículo 5.3 y 5.6 dispone: "La pena no puede trascender de la persona delincuente" y " Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". En igual sentido el artículo 10.3 del Pacto internacional de los Derechos Civiles y Político, que lo conducente reza: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de lo penados…"; y el artículo 51 del C.P., que establece la "acción rehabilitadota" como finalidad de las penas. De aquí derivan dos consecuencias importantes: (i) la pena no puede ir mas aya del condenado, en cuanto no debería afectar a otros con su cónyuge o hijos, pero tampoco puede trascender a otro miembros de la sociedad como un mensaje de prevención general negativa, por lo menos no puede imponerse la pena con esta intención; y (ii) se la finalidad de la pena es la reforma y la readaptación social del condenado, su propósito- de

prevención especial positiva- es el de aplicarse en la medida necesaria para la reincersión social del condenado la individualización de la pena gravita en torno a la necesidad individual del castigo, dentro de los parámetros fijados por la ley. Se tiene así la finalidad de la pena: la necesidad individual de ella. III.2) *Proporcionalidad de la Pena: Corresponde subrayar el límite de actuación de la ley establecido por el artículo 28 de la Const. Pol., cuando indica que los actos privados que no dañen a terceros quedan fuera de la acción de la ley; o a contrario sensu: solo ante la lesión o peligro para el bien jurídico protegido por el ordenamiento es posible aplicar la ley. Es decir la ley se aplica en la medida, en la proporción o en relación, al daño o peligro para el bien jurídico afectado por el delito. Hasta aquí necesidad y lesividad, dentro de la prevención objetiva y abstracta pena la pena, son los parámetros de fijación. III.3) Elementos objetivo, normativo y subjetivo en la fijación de la pena: Así lo señala el artículo 71 del C.p., cuando dispone en la parte inicial: "El Juez, en sentencia motivada, fijara la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los limites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del participe". Se encuentran aquí los elementos de ponderables para la fijación de la pena: (i) elemento objetivo, contenido después en el inciso a) del mismo artículo ("… la pena debe imponerse de acuerdo con los limites señalados para cada delito…"); (ii) elemento normativo, desglosado en los incisos b), c) y e) (la lesividad, el daño o peligro, "… atendiendo a la gravedad del hecho…"); y (iii) elemento subjetivo, descompuesto en los incisos a), d), e) y f) (la culpabilidad, "…la personalidad del participe…"). III.4) Pasos para la fijación de la pena: De este modo, debe calificarse el hecho y establecer la previsión abstracta para el delito en general; un segundo paso es el de establecerse el límite de la pena para el caso concreto, atendiendo a la extensión del daño o peligro para el bien jurídico tutelado, en consideración al quantum económico cuando sea posible, a la vulnerabilidad de la victima, a la inflexión de dolor más o menos necesaria para la comisión del hecho y a las condiciones de modo, tiempo y lugar; y el tercer paso, implica la ponderación de la culpabilidad –en cuanto mayor o menor exigibilidad de conocer el derecho y de actuar conforme a ese conocimiento-, la oportunidad del delito, la consideración a la víctima y las condiciones materiales y espacio-temporales de la comisión del delito. Esta es la interpretación de las fuentes de derecho para la fijación de la pena, concretamente de los artículos 7 y 28 de la Const. Pol., 5.3 y 5.6 de la Convecino americana sobre Derechos Humanos, y 71 del C.p.*"

3.5 CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, LA INDIVIDUALIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN

Una vez que se ha producido la determinación judicial de una pena y el órgano juzgador ha dictado sentencia condenatoria privativa de libertad, si no se dispone el perdón judicial, la suspensión condicional de la pena, alguna condición especial de cumplimiento o cualquier otro beneficio eximente de conformidad con la ley, el condenado deberá iniciar el cumplimiento de la pena en las condiciones previstas en la sentencia, en las leyes y en los reglamentos que rigen tanto la actividad jurisdiccional relativa a la ejecución como a la administración penitenciaria. El catálogo normativo en la República Dominicana en materia de legislación penitencial es amplio, pues incluye todos los tratados internacionales de los que el país es parte y que se refieren al tratamiento de los reclusos, la Constitución de la República, el Código procesal penal, la ley 224 sobre Régimen Penitenciario, el Reglamento 296/2005 sobre la Ejecución de la Pena, así como algunos reglamentos internos propios del área administrativa del sistema penitenciario.

En la mayoría de los países modernos el cumplimiento de la pena privativa de libertad es un proceso complejo ya que en su materialización intervienen varios factores de orden legal, judicial y administrativo. Tal y como lo expresa Santiago Mir Puig, se trata de de un proceso "que arranca en la ley, es conducido por la administración y es controlado por el Juez de Vigilancia"[351] (de la ejecución).

3.5.1 Judicialización de la ejecución de la pena

Históricamente la intervención de la justicia en el ámbito de la ejecución penal, se circunscribía básicamente a los procesos de liquidación de las multas y a conocer las solicitudes de libertad condicional interpuesta por los condenados una vez que cumplían la mitad de la pena.

Todos los demás aspectos relativos al cumplimiento de la pena dependían de la absoluta discreción de las autoridades penitenciarias administrativas, compuestas básicamente por miembros de cuerpos policiales y militares por lo general sin ninguna formación especializada en administración penitenciaria ni en tratamiento de reclusos, situación, que conjuntamente con la ausencia de una política estatal destinada a hacer efectivo el régimen legal instituido por la ley 224 de 1984, produjo una verdadera crisis de Derechos Humanos en el interior de nuestras cárceles. Sin embargo, a partir de la reforma procesal penal se ha creado un verdadero sistema judicial de ejecución penal, mediante la creación de una novedosa figura: el juez de la ejecución, a cuyo cargo se encuentra el control de la ejecución penal. Así lo establece el articulo 28 del CPP: "la ejecución de la pena se realiza bajo control judicial y el condenado puede ejercer siempre todos los derechos y facultades que le reconocen las leyes".

339 MIR PUIG, S., p. 731.

Tal y como lo hemos expuesto anteriormente el órgano creado para hacer efectivo el control judicial de la ejecución de la pena es el Juez de la ejecución de conformidad con el articulo 74 del Código procesal penal el cual establece que: Los jueces de ejecución penal tienen a sus cargo el control de la ejecución de las sentencias, de la suspensión condicional del procedimiento, de la sustanciación y resolución de todas las cuestiones que se planteen sobre la ejecución de la condena". El concepto de control en sentido general queda proyectado a grandes rasgos en el contenido del artículo 436, el cual reafirma el catálogo de derechos de que son titulares los condenados, advirtiendo que no puede aplicársele a un condenado "mayores restricciones que las que expresamente dispone la sentencia irrevocable y la ley".

La anterior disposición es de extrema trascendencia porque impone límites y procura racionalizar el proceso de ejecución a los fines de que el mismo no prive al condenado del ejercicio y disfrute de otros derechos cuya restricción no haya sido establecida en la sentencia y en las leyes. Por ejemplo, la ejecución de una pena privativa de libertad debe llevarse a cabo solo en el ámbito la libertad del individuo y en la restricción de derechos expresamente establecida en el CP como penas accesorias; no puede bajo ninguna circunstancia afectar otros derechos como el disfrute de una alimentación adecuada, un trato digno por parte de las autoridades penitenciarias, condiciones de habitabilidad aceptables, respeto a la integridad física, posibilidad objetiva de entretenimiento, acceso a programas educativos, asistencia sanitaria efectiva, etc.

Efectivamente, la necesidad de garantizar que no se verifiquen excesos o distorsiones en el proceso de la ejecución llevó a nuestro legislador a otorgarle al juez de la ejecución el control de este proceso habilitándolo para resolver todas las cuestiones que se susciten el periodo de cumplimiento de una condena, así como para hacer inspecciones y visitas a las cárceles, hacer comparecer tanto a los condenados como a las a autoridades administrativas con el fin de vigilancia y control, ordenar la corrección o prevención de las faltas que observe en el funcionamiento del sistema, entre otras cosas. El artículo 438 establece el procedimiento mediante el cual el juez de la ejecución inicia su intervención en ocasión de la ejecución de una sentencia. De acuerdo con esta normativa la ejecución se inicia a partir de que el fallo condenatorio es irrevocable, debiendo el tribunal que dictó la sentencia ordenar la comunicación de la misma al juez de la ejecución, quien deberá en caso de pena privativa de libertad "ordenar la ejecución del fallo al establecimiento en donde debe cumplirse la condena". [340]Este artículo habilita al juez para que tome las medidas de lugar para hacer efectiva la comparecencia o incluso la captura de los condenados que se encuentren en libertad al momento de iniciarse la ejecución. También en la parte infine del mismo artículo se faculta al juez de la ejecución para que ordene "la realización de todas medidas necesarias para cumplir los efectos accesorios de la sentencia".

340 Las facultades del juez de la ejecución se encuentran establecidas básicamente en los artículos 28, 74, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446 y 447. En ese mismo orden opera el reglamento 296-2005, dictado por la Suprema Corte de Justicia sobre el funcionamiento del juez de la ejecución.

Por lo visto el control que ejerce el juez de la ejecución afecta todas las etapas del proceso y se proyecta tanto en el ámbito jurisdiccional propiamente dicho como en el administrativo. Su función general es vigilar la ejecución efectiva de las sentencias y el velar por el funcionamiento adecuado de los centros penitenciarios, procurando que se respeten los derechos de los condenados. La presencia del juez de la ejecución debe tener un impacto positivo en todo el sistema, puesto que su labor de control constituye una garantía para el fiel respeto al principio de legalidad de la ejecución penal, así como la coherencia entre el proceso de individualización legal, el judicial y el administrativo de la pena.

3.5.2 Prescripción de la pena

El sistema de prescripción de penas en la Republica Dominicana resulta de la imposibilidad de la ejecución a partir de que el fallo condenatorio es pronunciado de forma irrevocable. La no ejecución de la pena en los términos antes señalados o en el caso en que luego de iniciada la ejecución la misma sufre un quebrantamiento, abre el proceso de prescripción. La prescripción implica la imposibilidad de ejecución de la sentencia por efecto del vencimiento o extinción del plazo establecido en la ley para hacer efectiva dicha ejecución. El articulo 439 del CPP, establece que las penas privativas de libertad superiores a 5 años prescriben a los 10 años, las de cinco años o menos, prescriben a los 5 años, y las contravenciones y penas no privativas de libertad prescriben al año.

El proceso de ejecución interrumpe la prescripción, y esta a su vez no dispensa al condenado de la vigilancia de la alta policía de conformidad con el artículo 48 del CP. La declaratoria de extinción por prescripción encuadra en el ámbito de los incidentes de la ejecución reglado por el artículo 442, del CPP, de lo que se concluye la misma se realiza mediante auto motivado del juez de la ejecución a solicitud del propio condenado, de un particular a favor del condenado, de la autoridad administrativa de la cárcel o aun de oficio[341].

(Reglamento 296-2005)

3.5.3 El cómputo de la pena privativa de libertad

Se denomina cómputo de la pena privativa de libertad al proceso matemático que permite determinar con exactitud cuándo se inicia el cumplimiento de una sentencia y así como la fecha exacta del término de dicho cumplimiento. El órgano competente para realizar el cómputo de la pena es el juez de la ejecución, quien deberá incluir en el proceso todos los eventos que en el marco del proceso hayan

341 ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA. Derecho Procesal Penal, p. 492. Editora Amigo del Hogar. Santo Domingo, primera edición. 2006

implicado privación de libertad, por consiguiente el cómputo deberá tener como punto de partida, el arresto inicial y la prisión preventiva. Una vez esclarecido con exactitud la fecha de inicio el juez deberá establecer en qué momento el condenado podrá solicitar su libertad condicional, así como la fecha en que finaliza la condena.

La judicializaciòn del cómputo de la pena ha significado un avance importante, puesto que supone la existencia de una instancia judicial diligente que resuelve de antemano y mediante criterios estandarizados todas cuestiones relativas al momento del inicio y final de la ejecución. En el sistema anterior eran frecuentes los casos de reclusos que excedían su permanencia en los centros penitenciarios más allá del vencimiento de su condena, debido a la falta de control. (Reglamento 296-2005)

3.5.4 Unificación de las penas

La existencia de delitos en concurso, de procesos concomitantes o de condenas paralelas en contra de un mismo individuo, son circunstancias que plantean el problema de la necesidad de unificación de penas. Con alguna frecuencia ciertos individuos están siendo procesados en un tribunal por el delito de homicidio y en otro por narcotráfico. Ambos procesos podrían desencadenar en sendas condenas en contra del mismo imputado. Si se produce esa eventualidad entonces corresponde al juez de la ejecución producir una unificación de ambas penas en virtud de la cual se pueda establecer todos los aspectos relativos al término del cumplimiento así como el proceso de descuento de ambas condenaciones.

3.5.5 El cumplimiento de la pena

El sistema de cumplimiento de penas privativas de libertad debe estar orientado a garantizar que exista correlación entre la pena determinada legal y judicialmente y la ejecutada por parte del régimen penitenciario. Cualquier dicotomía que impida la materialización de la correlación entre pena impuesta y pena ejecutada constituiría una distorsión potencialmente perjudicial para los condenados y para la sociedad.

En el plano normativo existe una abundante profusión de disposiciones que reglamentan el cumplimiento de las penas y la vida carcelaria en sentido general. Estas normas nos vienen dadas tanto desde organismos internacionales como la Naciones Unidas y la OEA, como desde la legislación interna.

Con la aprobación por parte de las Naciones Unidas en el Primer Congreso sobre prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, se sentaron las bases normativas mínimas para una orientación radical de los sistemas de ejecución de penas de la mayoría de los países del mundo. Lo primero que quedo claro a partir de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos es que el elemento aflictivo en la pena privativa de libertad es la segregación del

condenado del mundo exterior y que ese es su castigo. De lo que se concluye que al condenado no hay que adherirle más sufrimiento que el que entraña haber perdido su libertad, lo que indica que mientras dure el período de cumplimiento todos los demás derechos que no estén afectados por la sentencia deben ser respetados y garantizados por el Estado. A las Reglas mínimas de 1955 se unieron los Principios Básicos para el tratamiento de los Reclusos aprobado por las Naciones Unidas en 1990.

En lo que respecta a la República Dominicana, además de la legislación supranacional vinculante en materia de ejecución penal, contamos en el plano interno con la Ley 224 del año 19984. Esta ley constituye una pieza legislativa sumamente importante porque define una política penitenciaria que en la letra repudia la noción del castigo por el castigo y en cambio reivindica la readaptación y la resocializacion como fin principal de la ejecución de la pena privativa de libertad. El fin preventivo de la pena acogido por la Ley 224, debió implicar la reestructuración total de los establecimientos carcelarios del país en el orden físico, logístico y administrativo. De igual modo. Estado debió crear un sistema educativo integral, sistemático y permanente orientado a garantizar un mínimo oferta educativa y resocializadora a favor de los condenados, al tiempo que el sistema de justicia creara las condiciones necesarias para invertir la correlación desequilibrada entre presos preventivos y condenados definitivamente.

El proceso de individualización administrativa establecido en la ley nunca ha sido implementado, en razón de que la normativa instituye una infraestructura que clasifica los establecimientos penales en a) penitenciarias, que serían las destinadas a las ejecuciones de condenas mayores de dos años, b) los presidios destinados a condenados a penas menores de dos años, c) las cárceles para los que guarden prisión preventiva y d) los institutos especiales destinados para condenados con características especiales como los enfermos mentales, reclusos primarios o que se encuentren en período de prueba. Estos institutos podrán ser establecimientos abiertos o granjas agrícolas. (Articulo 1 de la ley 224). Sin embargo, el sistema hasta el día de hoy no ha procedido a crear esos establecimientos, sino que hemos dependido exclusivamente de las estructuras carcelarias tradicionales. En muy pocos centros y en muy pocos centros carcelarios se clasifican eficientemente los condenados en función del tipo de penas o tomando en cuenta determinadas condiciones especiales. Ni siquiera ha existido una política de individualización que tienda a separar los internos preventivos de los condenados. Es cierto que en los últimos tiempos se ha puesto en vigencia un nuevo modelo penitenciario que ha transformado sustancialmente el funcionamiento y la filosofía de algunos centros, pero se trata aun de un proyecto piloto, que requiere permanencia en el tiempo y expandirse a toda la población carcelaria. La ley 224 prohíbe formalmente todo tipo de violaciones a los derechos humanos y crea un catálogo de reglas de funcionamiento interno de los recintos que de aplicarse garantiza los derechos de los condenados. Sin embargo, el proceso de aplicación real de la

ley 224 ha sido extremadamente traumático y paulatino, en razón de que el Estado nunca se había interesado de forma efectiva en este tema. Esa desatención estatal ha producido durante muchos años la vigencia de un sistema de cumplimiento de penas extremadamente inhumano y aberrante que ha incrementado exponencialmente el rigor y el dolor de los internos más allá del mal previsto en la determinación legal y judicial, así como los peligros de contagio, por la falta de higiene, el hacinamiento, la mala alimentación y las torturas. A todo lo cual hay que añadirle la corrupción y la ausencia de un personal administrativo capacitado en esa rama.

3.5.6 Cumplimiento de las medidas de seguridad

El cumplimiento de las medidas de seguridad impuestas a los imputados es un proceso que al igual que la pena privativa de libertad se encuentra bajo el control del juez de la ejecución. El artículo 447 CPP establece que la vigilancia para asegurar la ejecución de la medida de seguridad está a cargo del representante legal, en caso de incapacidad. El juez al momento de ejecutar una medida "determina el establecimiento adecuado para la ejecución de la medida que en todos los casos será distinto a aquellos en que se cumplen las penas de prisión y puede modificar su decisión, incluso a petición del representante legal o de la dirección del establecimiento, pudiendo asesorarse a tales fines con peritos". De igual modo el numeral 3 del mismo artículo 447 CPP le da al juez de la ejecución para inspeccionar periódicamente si efectivamente se están cumpliendo las medidas de seguridad impuestas, "fijando un plazo no mayor de seis meses, entre cada examen, y decide sobre su cesación o continuación de aquella. Esta resolución es apelable".

La ejecución de las medidas de seguridad.

De conformidad con el artículo 447 del CPP, el juez de la ejecución tiene a su cargo todos los aspectos relativos al cumplimiento de las medidas de seguridad. "el juez determina el establecimiento adecuado para la ejecución de la medida que en todos los casos será distinto a aquellos en que se cumplen las penas de prisión y puede modificar su decisión, incluso a petición del representante legal o de la dirección del establecimiento, pudiéndose asesorar a tales fines con peritos", (art. 447.2). Como hemos visto el poder del juez de la ejecución en esta materia es sumamente amplio, en razón de que puede llegar hasta modificar una medida impuesta por un tribunal distinto y que se esté ejecutando en la actualidad. El numeral 3 del mismo articulo le otorga al juez la facultad de examinar periódicamente el estado de la persona que esta siendo sometida a una medida de seguridad, en intervalos de hasta seis meses, pudiendo decretar la cesación o continuación del cumplimiento de una medida en los casos en que lo estime conveniente. Esta otra disposición confirma el control del juez en el proceso de ejecución de las medidas de seguridad [342].

342 Varios autores. Derecho Procesal Penal, p. 520 y siguientes. Editora Amigo del Hogar. Santo Domingo. Republica Dominicana. Primera edición. 2006

La efectividad en el control del cumplimiento de las medidas de seguridad es, a nuestro juicio, positiva porque permite a la larga que la sociedad le tome confianza a este tipo de medidas que funcionan en muchos casos como alternativas a la pena privativas de libertad.

3.5.7 La libertad condicional

La libertad condicional se encuentra reglamentada en la República Dominicana en la Ley 164 de 1980. Con la libertad condicional no opera una liberación de la pena, sino una variación de la modalidad de cumplimiento. Es la posibilidad que tiene un condenado de lograr la excarcelación una vez que ha cumplido la mitad de la pena privativa de libertad impuesta, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la ley. El propósito político-criminal de la libertad condicional es someter a prueba la estrategia de resocialización puesta en marcha como consecuencia de la ejecución de la pena, al tiempo que incentiva en el condenado el buen comportamiento tanto dentro del penal como fuera del mismo una vez que ha alcanzado su libertad.

El artículo 1 de la Ley 164 establece en gran medida la estrategia general que justifica la existencia de este tipo de sistemas. La normativa en sentido general crea una probabilidad de sustituir la ejecución de la privación de libertad por el cumplimiento de otras obligaciones constatativas de un comportamiento regenerado capaz de integrarse a la sociedad sin el peligro de que se repita la comisión de un nuevo delito o que se asuma un comportamiento antisocial. De ahí que la ley establece una serie de requisitos a cargo del condenado, cuyo cumplimiento posibilitan una decisión de otorgamiento.

Si examinamos los requisitos exigidos para el otorgamiento de la libertad condicional podemos concluir en que con este beneficio el legislador hace una apuesta decisiva a la posibilidad de resocialización. Para optar por la libertad condicional el condenado debe estar cumpliendo una condena mayor de un año, haber cumplido por lo menos la mitad de la pena, la ausencia de reincidencia, haber cubierto las condenaciones civiles, haber alcanzado determinado grado de calificación, haber observado buena conducta y tendencias al trabajo, buen estado de salud en sentido general y un diagnóstico sobre su conducta que permita presumir un comportamiento futuro adecuado.

El otorgamiento implica la sujeción por parte del condenado a una serie de condiciones que ponen de manifiesto el carácter coactivo prevaleciente en el régimen de libertad condicional. En el auto de concesión al condenado se le indica el lugar donde debe residir, la obligación de dedicarse a alguna actividad laboral, abstenerse de realizar algunas actividades, como ingerir bebidas alcohólicas o visitar determinados lugares, así como realizar estudios en caso de que no haya completado el proceso de formación básico. En virtud del carácter condicional de este beneficio queda abierta la posibilidad de su revocación en caso de incumplimiento por parte del beneficiario de las condiciones impuestas.

3.5.8. La determinación de la pena y medida de seguridad en el proyecto de Código Penal.

El proyecto de Código Penal actualmente en discusión se inspira en el Código Penal francés de 1994. En el ámbito de la determinación de la pena, esta normativa incorpora un sistema de reacción estatal frente al delito, que consta de tres instrumentos: la pena privativa o restrictiva de libertad, la privativa o restrictiva de derechos y la pecuniaria, (art. 14 (131). Por lo visto, en términos generales se trata del mismo sistema vigente en la legislación tradicional. Para las infracciones consideradas graves, el proyecto ha instituido la prisión mayor, la multa y las penas complementarias. La estructura punitiva propuesta es de carácter flexible, es decir, basada en el establecimiento de mínimo y máximo, aunque con un incremento sustancial de las escalas cuyo límite superior en determinadas infracciones es de hasta 40 años. De igual modo, las multas son expresadas de forma flexible y tomando como base el salario mínimo del sector público. Un ejemplo ilustrativo de la tendencia seguida en el proyecto en materia de penas lo constituye el artículo 19 (131), el cual establece de forma expresa el sistema de penas de prisión y de multa para las penas graves de la forma siguiente:

1. Prisión de 30 a 40 años;
2. Prisión de 20 a 30 años;
3. Prisión de 7 a 40 años;
4. Prisión de 6 a 30 años;
5. Prisión de 5 a 20 años y;
6. Prisión de 4 a 10 años;

Si tomamos en cuenta la tradición de nuestros tribunales que por lo general al momento de determinar la pena en concreto optan por los límites máximos, es de suponer que de aprobarse un sistema de penas de prisión como el anterior estaremos asistiendo a una época de endurecimiento sustancial y real del sistema de determinación de penas en la República Dominicana. Esto constituye una evidencia de que los sectores impulsores de este proyecto apuestan más a la pena privativa de libertad como instrumento político para enfrentar el crimen, que a otros medios de prevención, lo que constituye un retroceso o un abandono de los criterios científicos modernos que cada vez cuestionan con mayor rigor la eficacia de la pena privativa de libertad, desde el punto de vista político criminal.

El sistema de multas es el siguiente:

1) 8 a 50 salarios;

2) 7 a 40 salarios;

3) 6 a 30 salarios;

4) 5 a 20 salarios;

5) 4 a 10 salarios;

El sistema de multa establecido pudiera ser una importante herramienta de punición alternativa a la pena privativa de libertad. Sin embargo, si examinamos la parte especial del proyecto nos damos cuenta que la multa solo se utiliza como pena principal en supuestos de muy poca importancia y de escasa incidencia en los tribunales, lo que pone de manifiesto que es la pena privativa de libertad el instrumento determinante en la nueva propuesta, recurriéndose a la multa como pena complementaria fundamentalmente. La misma situación puede advertirse en la propuesta de medidas de seguridad. Este tipo de reacción tiene un carácter residual en el proyecto, aplicables no como reacción principal fundamentalmente sino conjuntamente con la pena privativa de libertad. Solo en caso de infracciones de escasa importancia es que se establecen medidas de seguridad como consecuencia principal.

TEMA 11

GUÍA METODOLÓGICA PARA LA SOLUCIÓN CON CASOS PENALES

Maximiliano Rusconi
Abogado
Argentina

1 LA TEORÍA DEL DELITO COMO UN SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CASOS
1.1 LAGUNAS BREVES NOCIONES INTRODUCTORIAS SOBRE EL SENTIDO PRÁCTICO DE LA TEORÍA DEL DELITO
1.1.1 El punto de partida del funcionamiento del sistema
1.1.2 Derecho penal, derecho procesal penal y política criminal
1.2 LA TEORÍA DEL DELITO Y LA JUSTICIA PENAL NO ARBITRARIA
1.2.1 El proceso de subsunción, la garantía de igualdad ante la ley y los diferentes niveles de la teoría del delito
2 EL SENTIDO DE LAS REGLAS METÓDICAS DEL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE

3 FUNCIONES DEL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE
3.1 EVITAR LA ARBITRARIEDAD
3.2 CONTROLABILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES
3.3 INTERPRETACIÓN ORGÁNICA DEL SISTEMA JURÍDICO
3.4 ASEGURAMIENTO DE LA VISIÓN DE LÓGICA SISTEMÁTICA DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA
3.5 TRASLADO OPERATIVO DE LOS LÍMITES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

4 EL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE EN EL SISTEMA PENAL
5 ¿QUÉ ES UN CASO?
6 LOS DIFERENTES ÁMBITOS DE LA SUBSUNCIÓN
7 EL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE COMO UN CAMINO ARGUMENTAL PREFIJADO E INMODIFICABLE.
7.1 EL SISTEMA COMO UN MÉTODO NO MALEABLE
7.2 LA ELECCIÓN ENTRE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE TEORÍA DEL DELITO COMO PASO PREVIO

8 EL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE Y EL TRATAMIENTO ORGANIZADO DEL SUPUESTO DE HECHO Y DEL SUPUESTO NORMATIVO
8.1 LOS PUNTOS DE PARTIDA DE LA ORGANIZACIÓN SISTEMÁTICA.
8.2 LA SUBSUNCIÓN

9 EL CAMINO PERMANENTE ENTRE EL MUNDO DE LOS HECHOS Y EL MUNDO NORMATIVO

10 SUGERENCIAS METODOLÓGICAS ADICIONALES PARA EL TRATAMIENTO DE LOS CASOS PENALES
- 10.1 EL CASO
- 10.2 LAS NORMAS
- 10.3 EL ORDEN TEMPORAL DEL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO. ¿QUÉ HAY QUE HACER EN CADA ETAPA?

11 LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL CASO

12 EL DICTAMEN

TEMA 11

GUÍA METODOLÓGICA PARA LA SOLUCIÓN CON CASOS PENALES

1. LA ETAPA DEL DELITO COMO IM SISTEMA DE SANCIÓN DE CASOS

1.1 LAGUNAS BREVES NOCIONES INTRODUCTORIAS SOBRE EL SENTIDO PRÁCTICO DE LA TEORÍA DEL DELITO

El estudio de la teoría del delito requiere que, en forma introductoria, nos detengamos en el análisis del sentido político criminal del sistema del hecho punible y de sus funciones básicas en lo que respecta a su rol instrumental.

Sólo la comprensión de estas nociones básicas proporcionará la suficiente autonomía intelectual en el intérprete de la ley penal como para reconocer en la teoría del delito, ya en los primeros momentos, su definición instrumental, su rasgo de auxiliar metodológico en la labor hermenéutica.

1.1.1 El punto de partida del funcionamiento del sistema

Previo al análisis propio de las categorías sistemáticas de la teoría del delito, es preciso determinar y precisar ciertas ideas básicas que servirán como criterios fundamentales a lo largo de todo el trabajo dogmático.

Los interrogantes, que deben hacerse, sobre qué es la teoría del delito o Para qué sirve, esconden detrás de la simpleza de su formulación no pocos grandes problemas que han acompañado desde el nacimiento mismo de la dogmática moderna el trabajo de los juristas que se han preocupado por su desarrollo sistemático.

Quizá esto responda a la característica tensión a la que generalmente están sometidos estos primeros interrogantes, por lo menos en las ciencias del espíritu, que, con ser los más básicos, son los de mayor contenido de abstracción y menor posibilidad de fundarse en razones de sistema.

Pues bien, como hemos visto, los problemas de qué es la teoría del hecho punible y para qué sirve, a nuestro entender, están indisolublemente unidos; una respuesta exclusiva al primer interrogante no saldría, seguramente, de las penumbras, y una reflexión particular sobre el segundo no tendría razón de ser, por lo que nos ocuparemos de ambas cuestiones paralelamente.

La administración de justicia penal se encuentra en su actividad sometida a dos tipos de universos de datos que debe respetar igualmente y a los cuales debe acudir por igual a fin de solucionar los conflictos (los más graves de una sociedad) que se le presentan; nos referimos al mundo real, al hecho conflictivo y al mundo normativo que prevé soluciones para "grupos" de casos de las mismas característica esenciales[343].

El trabajo de la administración de justicia penal, más precisamente del juez consiste en encontrar identidad esencial entre el caso previsto en la norma y el que verdaderamente ha sucedido y se encuentra frente a él esperando solución.

Esta "subsunción" del caso real a la norma no puede realizarse de cualquier manera, el juez no tiene, en el ámbito de su competencia, la libertad de decidir el caso con los criterios que él considere convenientes en cada momento.

Una justicia penal de estas características sería verdaderamente impensable y sin lugar a dudas se correspondería con un Estado autoritario. Por el contrario, la pregunta por el contenido de la norma y la correspondencia del caso real en el regulado en ella, deben ser respondidas con el mayor grado de racionalidad. Es decir, de otro modo, no deben ser arbitrarias. Esta idea es la que estaba contenida en la afirmación de Has Welzel en el sentido que "como ciencia sistemática (la ciencia del derecho penal) da el fundamento para una ecuánime y justa administración de justicia ya que solamente la comprensión de esa estructura interior del derecho eleva su aplicación por encima de la casualidad y la arbitrariedad"[344].

Este tipo de reflexión recalca la vinculación del intérprete a la ley. Una justicia no arbitraria la encontramos en aquella que se administra sólo según los postulados básicos de la legislación. Una justicia igualitaria allí donde no se toman en cuenta más presupuestos que los estipulados en la ley para subsumir el caso concreto en la intrínseca generalidad de la ley.

343 Sobre cierta desigualdad en el tratamiento del saber normativo y el saber empírico, ver, HASSEMER, WINFRIED, Fundamentos del derecho penal, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1989, p. 31 y ss.

344 HANS WELZEL, Dderecho Penal. Parte General, Trad. de Carlos Fontán Balestra, Ed. Depalma, pág.

Este tipo de enfoque es saludable en el sentido que recalca la vinculación más fuerte de la administración de justicia con el punto neurálgico del Estado de derecho: el imperio de la ley.

Sin embargo, si no se la complementa serán inevitables ciertas deducciones perniciosas de este punto de partida: la creencia de que el juez, para decirlo con las conocidas palabras de Montesquieu, es la "bouche de loi", y que la sentencia más perfecta es la que se deduce con mayor grado de formalidad de los postulados legislativos y con más energía se desembaraza de las decisiones del intérprete.

El desarrollo de la dogmática penal en los últimos decenios ha demostrado la falsedad de esta postura científica, "de un análisis del trabajo de los dogmáticos surge que el dogmático penal se encuentra ante la necesidad de decidir en favor de una u otra interpretación del derecho positivo, sin que pueda deducir su decisión de los textos legales[345].

1.1.2 Derecho penal, derecho procesal penal y política criminal

Pero una razón accesoria, y no menos importante se nos debe presentar como orientadora de otros puntos de vista, si la dogmática penal se dedicara sólo llevar precisamente las decisiones legislativas al supuesto de hecho, no escaparía fácilmente a la crítica que, no sin alguna razón, ha recibido de otros sectores del sistema penal (criminología moderna o crítica) en el sentido del papel conservador y acrítico que desempeña.

A un entendimiento algo distinto lleva el ocuparnos paralelamente de la política criminal.

Derecho penal y derecho procesal Penal no son más que formuladores, manifestadores de la política criminal de un Estado. Estos tres sectores del sistema penal poseen una interacción bien fluida e intensa.

Del análisis del conjunto de normas que componen el sistema penal advertiremos si responde a uno u otro tipo de política criminal (por ejemplo, modelo "garantista" o "autoritario") y, justamente la teoría del delito sirve a la implementación de aquella política criminal. Esta vinculación, como vimos, enriquece el trabajo dogmático en gran medida. En primer lugar debido a que permite una dogmática jurídico-penal que no sólo encuentra justificación de sus decisiones sistemática y arquitectónicamente, sino que reflexiona sobre el grado de justicia material de la decisión.

345 BACIGALUPO, ENRIQUE, Delito y punibilidad, 2 edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 21.

1.2 LA TEORÍA DEL DELITO Y LA JUSTICIA PENAL NO ARBITRARIA

La teoría del delito ha tenido siempre la función de facilitar el trabajo judicial en materia penal. Se ha buscado organizar metodológicamente el camino de las decisiones judiciales referentes a la existencia de un hecho ilícito jurídico-penalmente relevante y a la atribución de ese hecho a un sujeto responsable.

Como ya se ha afirmado históricamente, la teoría del delito al cumplir esta misión metodológica, ofrece un modelo de aplicación de la ley penal que pretende evitar el acaso, la arbitrariedad y la desigualdad; se pretende el logro de cierta seguridad jurídica.

1.2.1 El proceso de subsunción, la garantía de igualdad ante la ley y los diferentes niveles de la teoría del delito

Ahora bien, el sistema del hecho punible se ha mantenido casi idéntico, salvo diferencias específicas que luego subrayaremos, desde su mismo nacimiento.

Si hubiera que describir de un modo por demás sencillo cuál es la tarea fundamental de este sistema que se muestra a veces en extremo complejo, deberíamos reafirmar su función de transformarse en un puente conceptual que a través de la comparación de datos fácticos –en el caso- y exigencias normativas –en la ley- permite que el intérprete pueda afirmar que se han dado o no las condiciones que manifiesta el legislador como antecedente –el delito- de la principal consecuencia jurídica -la pena-.

Como puede verse, el objetivo principal del sistema del hecho punible reside en facilitar, como ya hemos dicho, el proceso de subsunción del supuesto de hecho al supuesto normativo.

Desde Franz v.Liszt y Ernst Beling –posiblemente los padres de la dogmática penal moderna-, la ciencia penal ha organizado ese proceso de subsunción como un conjunto de filtros, de aparición cronológica inalterable, por los cuales el hecho debía avanzar en la comprobación de aquellas características esenciales.

El primer filtro ha consistido en la necesidad de que el hecho signifique una acción. No se ha tratado de cualquier acción de la vida común, sino de una que satisfaga ciertas exigencias para la imputación penal. Este concepto ha variado de concepciones más causales a concepciones más normativas y en alguna época se trataba de uno de los debates de mayor trascendencia en el mundo jurídico penal. Hoy en día, por lo menos, hay consenso en que no puede haber una acción allí donde se ha tratado de un mero comportamiento reflejo o sonámbulo o motivado por una fuerza externa que es imposible resistir. Si a este concepto de acción se lo denomina final o de otra manera es algo que no tiene trascendencia, por lo menos para esta investigación. Es seguro entonces que el comportamiento que no

satisface esa exigencia no ha superado el primer filtro y, por lo tanto, obviamente, la decisión debe ser de no punibilidad.

Para el segundo filtro la ciencia penal ha desarrollado el concepto de tipo o de tipicidad. Este nivel conecta el supuesto de hecho con la descripción de la conducta prohibida o mandada, es por ello que se nutre sólo de la norma imperativa. La norma que contiene un mandato de acción o de omisión, prevé una serie de exigencias que deben ser verificadas: debe haber correspondencia entre la definición legislativa del hecho y éste tal cual se manifiesta en el caso individual.

Como luego veremos, un gran debate en la ciencia penal ha residido en las diferencias que ofrecía el concepto de tipo que propuso el sistema clásico (von Liszt; Beling; Mezger) frente al del finalismo (Welzel y la llamada primera escuela de Bonn). El modelo clásico o causalista proponía una categoría de la tipicidad que se nutría sólo de datos objetivos. Exclusivamente se analizaba la correspondencia objetiva entre la acción y la norma. Para el sistema clásico, en principio y con ciertas contradicciones que luego analizaremos, el ilícito (tipicidad y antijuricidad) se definían sin ninguna remisión a instancias subjetivas; para ello incluso servía de apoyo un concepto de acción causal y con ello naturalísticamente definido.

En el sistema de la teoría del delito que ofrecía el modelo clásico, también llamado causalista, se exponía una evidente influencia del positivismo. Quizá por ello mismo el sistema se caracterizaba por una seductora sencillez y, según se ha afirmado, algunas ventajas didácticas.

Al decir de Jescheck, "de acuerdo con ello, la tipicidad fue comprendida como una descripción puramente externa del hecho de la acción, sin predicado valorativo alguno…la valoración jurídica de ese suceso debía tener lugar en el campo de la antijuricidad y siempre desde un punto de vista puramente objetivo"[346].

Asimismo en el sistema clásico todo lo interno, el agrupamiento de los reflejos espirituales y morales[347], ocurren y se verifican bajo el concepto de culpabilidad y sus dos formas posibles: dolo o imprudencia. Algunos de estos presupuestos son corregidos en la llamada etapa neoclásica (por ejemplo, Mezger). Aquí comienza el desarrollo de una actividad hermenéutica mucho más rica y desarrollada (no silogistica). El concepto de acción es reelaborado luego bajo parámetros menos naturalísticos y se reconoce, a través de elementos normativos del tipo, una actividad más valorativa ya en ese nivel.

El finalismo, por el contrario, había partido de la idea de que la acción contenía en sí misma componentes subjetivos de los cuales el juez no podía prescindir (estructuras lógico-objetivas). Ello dejaba las cosas muy cercanas a sostener que sí la

346 Jescheck, ob.cit, p. 217.
347 Jescheck, ob.cit, p. 218.

acción contenía instancias subjetivas (teoría de la acción final) entonces los predicados de la teoría del delito a nivel del ilícito (tipo más antijuricidad) también tenían que abarcar esa comprobación. Por ello la tipicidad no se contentaba sólo con una comprobación objetiva, sino que requería que se verificara el conocimiento y la voluntad de realizar ese "tipo" o conducta abarcada por esa descripción. El dolo, como conocimiento y voluntad de realizar la conducta prohibida, era una instancia necesaria de la tipicidad.

El modelo de Welzel no puede ser comprendido cabalmente si no se tiene en cuenta el objetivo de alejarse del relativismo moral que caracterizó al neoclasicismo, sobre todo frente al nacional-socialismo alemán.

Luego de algunos años, el modelo sugerido por Welzel había adquirido cierto éxito académico. Todo lo contrario sucedió con el punto de partida de la teoría de la acción final como estructura lógico-objetiva o lógico-real. Ese escenario favoreció a que hoy se crea que algunos de los debates de aquella época en la actualidad deben resolverse de acuerdo a las consecuencias de cada decisión y no de acuerdo al muy discutible punto de partida ontológico.

Es posible observar que el sistema del hecho punible, por lo menos hasta la década de los años 80, ha tendido a encontrar un adecuado equilibrio entre la decisión más armónica en el sistema y lo aceptable dentro del buen sentido. Como luego, veremos, en los últimos años ello ha sido caracterizado por una muy nítida expansión del derecho penal, mucho más allá de lo imaginable, cuando el debate realmente importante de la ciencia de la dogmatica penal parecía residir en el contenido del dolo.

Hoy incluso, se habla de la posibilidad de asistir a la construcción de un Derecho penal que ya no reconoce sus propios límites, un derecho penal para aquellos que alguien, en algún momento y siempre desde una situación de poder califique como "enemigos".

De este modo se lesiona la posibilidad de una dogmática penal correcta sistemáticamente y respetuosa de ciertos presupuestos considerados axiomas indiscutibles de una administración de justicia inmersa en un estado democrático.

2 EL SENTIDO DE LAS REGLAS METÓDICAS DEL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE

Es por ello que la teoría del delito debe ser entendida como una recopilación de reglas metódicas, no asépticas, sino que están destinadas a la aplicación sistemática de una determinada política criminal. No cualquiera, sino aquella que surge en primer lugar del texto constitucional.

Ahora bien, el sistema del hecho punible no solo es un instrumento para uso de los que administran justicia, o para los científicos ocupados de la dogmática penal, sino también puede servir para orientar y enmarcar jurídicamente la tarea del legislador.

Generalmente esta función ha estado olvidada y ella ha conducido a una actividad legislativa sin ninguna técnica y caótica.

El desarrollo de la teoría del hecho punible ha logrado establecer un esquema de resolución de casos válido para todas las formas del delito.

La teoría del delito tiene por objeto primordial ofrecer un sistema que permita interpretar racionalmente la ley y aplicarla en forma precisa a la regulación normativa de un conflicto penal de tal modo de permitir elaborar conceptualmente los datos que definen al supuesto de hecho como aquél que el legislador ha querido evitar o, más precisamente, el que la norma quiere alcanzar.

El sistema del hecho punible o teoría del delito, cumple una labor de intermediación entre el mundo normativo y el mundo fáctico y de este modo sistematiza y ordena la tarea de subsunción que realiza, por ejemplo el juez, entre la norma y el caso.

El tratamiento del mundo normativo y del mundo fáctico debe ser en extremo cuidadoso y, sin duda, debe acudir al método que desarrollamos aquí (por lo menos hasta que un aporte metodológico se nos aparezca como preferible). En este punto no se debe perder de vista que tanto los datos que ofrece el mundo real, como aquellos propios del mundo normativo, se exponen al intérprete de modo desordenado.

A efectos de poder lograr este objetivo la teoría del delito procede de un modo que aquí podría denominarse analítico. Se trata de demostrar si la acción evaluada puede recibir legítimamente el calificativo de delito y con ello habilitar el poder penal del Estado. Para ello se han establecido un conjunto de niveles conceptuales o filtros analíticos que deben ser superados por la acción que se trate a efectos de demostrar que aquello que es sometido a análisis por el sistema de enjuiciamiento penal es, efectivamente, una acción que merece ser punible.

El sistema del hecho punible o teoría del delito, tal cual como se lo ha desarollado a lo largo de la exposición que ha precedido a este capítulo, posee un fuerte y nítido objetivo instrumental. Se trata, como ya lo hemos afirmado, del desarrollo de un sistema destinado a hacer más eficiente la reacción institucional frente a un caso y las normas que lo regulan.

Ese tránsito entre el caso y la norma inspira a la totalidad de los desarrollos del sistema de la teoría del delito. Se pretende reducir a lo técnicamente aceptable la influencia, frente a la solución del caso de punibilidad, del pensamiento intuitivo.

La construcción del supuesto de hecho (datos fácticos) tanto como la construcción del supuesto normativo (datos normativos), si no es sistematizada, se encuentra expuesta a enormes riesgos hermenéuticos (interpretación), que se exponen en la falta de orden, el abandono o falta de consideración de pautas constitucionales, la posible lesión a la igualdad ante la ley, el sometimiento de la aplicabilidad de pautas normativas a circunstancias irrelevantes, a la falta de fundamentación y con ello a la arbitrariedad. Todo ello, asimismo, desemboca en la justicia arbitraria y, justamente por lo mismo, en la falta de controlabilidad de las decisiones judiciales.

Si las decisiones de la justicia técnica adquieren su legitimidad en la propia racionalidad argumental de aquello que se decide, entonces, para ello, es indiscutible el rol esencial que le cabe a la teoría del delito.

En algunas ocasiones el desarrollo teórico de algunos problemas propios del sistema del hecho punible, que en el fondo no traían demasiadas consecuencias reales en lo que respecta a la solución final de los casos sometidos al sistema, ha fomentado la sensación de que existía una tendencia a discutir, bajo el ropaje del sistema del hecho punible, detalles en gran medida tecnocráticos y ello ayudó a que se pierda de vista este trascendente sentido instrumental de la teoría del delito como una herramienta, básicamente destinada a brindar un auxilio al sistema de la administración de justicia en procura de un aumento de la legitimidad de las decisiones a través de una clara y concisa argumentación racional sobre la decisión de la pena.

Es evidente que la legitimidad de la decisión sobre la pena requiere que se superen exitosamente un conjunto grande de obstáculos formales y materiales de distinto rango, pues bien, el sistema del hecho punible se ocupa de guiarnos en el desarrollo del proceso de superación de esos obstáculos para declarar la improcedencia o procedencia de la pena frente a un caso dado.

De este modo la teoría del delito nos presenta un camino de comprobaciones que debe ser desarrollado tal cual como se ofrece el sistema al intérprete.

3 FUNCIONES DEL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE

Dentro de este análisis es necesario referirse a las funciones que cumple el sistema. Se trata de ensayar una respuesta para la pregunta ¿para qué?

Hace más de 40 años, el padre del finalismo alemán y posiblemente uno de los responsables máximos de la tendencia actual del derecho penal moderno, introducía una noción que nos servirá para comprender mucho mejor la función de la teoría del delito:

3.1 EVITAR LA ARBITRARIEDAD

"Es misión de la ciencia del derecho penal desarrollar el contenido de esas reglas jurídicas en su trabazón interior, es decir, sistemáticamente, e interpretarlas. Como ciencia sistemática da el fundamento para una ecuánime y justa administración de justicia, ya que solamente la comprensión de esa estructura interior del derecho eleva su aplicación por encima de la casualidad y la arbitrariedad"[348] [349].

Pues bien, la teoría de delito es la parte del derecho penal que se ocupa de asegurar, en primer lugar, una aplicación racional e igualitaria de las normas del derecho penal.

El establecimiento de un sistema de análisis como el ya introducido, unifica el procedimiento de subsunción ante todos los casos que se presenten y, con ello, reduce la discrecionalidad judicial en todo lo que signifique arbitrariedad. La teoría del delito pretende acercarse a un modelo frente al cual dos casos normativamente iguales reciban respuesta idéntica, aun cuando esa respuesta provenga de funcionarios estatales distintos. Es en este sentido que se puede predicar de la teoría del delito una función de seguridad jurídica, toda vez que la aplicación racional del derecho supone la eliminación de la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal del estado.

3.2 CONTROLABILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Una segunda función de importancia trascendente que cumple la teoría del delito se vincula con la controlabilidad de las decisiones judiciales. No cabe duda que así como la utilización del instrumento permite la aplicación racional de la ley penal, también esa aplicación racional unifica el tratamiento sistemático de la ley y, con ello, permite que dicha aplicación puede ser controlada, revisada y cuestionada por los mecanismos que prevé el sistema procesal. Una aplicación arbitraria, subjetiva, sometida sólo a presunciones internas y no expuestas, impide ser controlada en su racionalidad. La teoría del delito procura ese control.

348 HANS WELZEL, Derecho Penal. Parte General, trad. de Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 1.

349 Ultimaamente, Alberto Binder, ha cuestionado que la dogmática penal se haya desviado de una función declaradamente práctica: "pese a la insistencia y al consenso existente acerca de esta función práctica de la dogmática penal, no siempre ha sido suficientemente fiel a ese propósito tantas veces declarado y ratificado….distintas circunstancias influyen para que la dogmática penal tienda a debilitar su misión originaria…En primer lugar, sigue influyendo la idea de corpus o doctrina, tan propia de los sistema filosóficos de la modernidad…, un conjunto de conocimientos articulados de un modo preciso , que nos brindan una "visión del mundo" y que constituyen finalmente una guía perfecta para la acción tanto individual como política…Existe una segunda razón…al acentuar el carácter ideológico de su actividad, la dogmática se acerca a la reflexión sobre la justificación de la pena…un tercer factor que influye en las distorsiones de la dogmática jurídica tiene que ver con el proceso de insstitucionalización de sus cuerpos científicos y profesorales". BINDER, ALBERTO, "Introducción…", ob. cit., p. 67 y ss.

3.3 NTERPRETACIÓN ORGÁNICA DEL SISTEMA JURÍDICO

En tercer lugar la teoría del delito facilita una interpretación sistemáticamente orgánica del sistema jurídico. El sistema del hecho punible descubre, también, las conexiones internas de las normas jurídico-penales y, con ello, evita lagunas, contradicciones y el posible solapamiento de valoraciones jurídicas sobre el mismo supuesto de hecho. En este sentido, asimismo, el sistema del hecho punible facilita una función crítica de la ley penal y colabora técnicamente en la formulación de las eventuales reformas legislativas que se proyecten.

3.4 ASEGURAMIENTO DE LA VISIÓN DE LÓGICA SISTEMÁTICA DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA

En cuarto lugar puede ser una herramienta muy útil para el propio legislador. La búsqueda de coherencia sistemática en la labor hermenéutica, se puede trasladar a la tarea legislativa al momento de sancionar normas penales, que puedan no respetar algunas pautas lógicas que brinda el sistema del hecho punible. En este sentido, una utilización del sistema en la actividad legislativa es, a todas luces, aconsejable.

3.5 TRASLADO OPERATIVO DE LOS LÍMITES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Pero más allá de todas estas precisiones sobre la verdadera razón de ser de la teoría del delito, conviene resaltar una de las funciones más trascendentes y que definen con mayor nitidez el papel político-criminal del sistema del hecho punible. Se trata ahora de acentuar la tarea de manifestación fiel de los principios y garantías constitucionales, y de todas sus consecuencias, en la determinación de la punibilidad de una conducta.

Básicamente la teoría del delito debe ser entendida como la estructura analítica que tiene por misión asegurarse de que ninguna conducta vaya a ser punible si la interpretación de las consecuencias de alguna garantía constitucional indica la presencia de algún obstáculo para ello. En este sentido a la teoría de delito, también, le corresponde como función el trabajo hermenéutico sobre la norma fundamental, en particular, sobre el contenido de las disposiciones que reflejan garantías individuales o derechos fundamentales. [350]

350 Muy interesante, aunque sin contradecir especialmente lo que se expresa en el texto, la visión del problema en Alberto Binder: "El agrupamiento de los principios limitadores del poder punitivo según su función principal no constituye un método de análisis estratificado tal como nos tiene acostumbrados la dogmática penal tradicional. Ellos funcionan en conjunción y todos concurren a formar la decisión judicial y cuando alguno de ellos actúa –cualquiera de ellos- impide que el poder penal sea ejercido y no pueda ser aplicado sobre la persona que ha sido favorecida…", ALBERTO BINDER, Introducción al derecho penal, AD-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 185.

En esta línea el sistema del hecho punible debe tener la legitimación sistemática para decidir que una conducta no debe ser punible en atención a que la respuesta contraria - aquella que predicaría punibilidad ante el mismo supuesto- violaría el principio de legalidad, o el principio de culpabilidad, o el in dubio pro reo, o el principio de igualdad ante la ley.

La teoría del delito así entendida adquiere una función importante en el sistema de ejercicio del poder.

Así como se ha afirmado que el derecho procesal penal es derecho constitucional reglamentado, en alguna medida eso sucede en el ámbito del derecho penal material: la parte general del derecho penal es también derecho constitucional reglamentado por el legislador común y es el juez quien debe guiarse por esta relación.

Lamentablemente la comprensión que teóricos y prácticos tienen de este punto de vista es casi nula y ello obedece a que, en ocasiones, se pretende que el mundo normativo sea sólo una suma más o menos precisa de soluciones aplicables en forma directa al caso en examen y de modo no problemático.

Sin embargo, las ventajas que se obtienen de este planteo son nítidas:

1. En primer lugar, las normas esenciales del texto constitucional adquieren vigencia real y no sólo programática en el sector del poder estatal donde ello es más requerido.

2. En segundo lugar, el intérprete obtiene un conjunto muy importante de argumentos de "lege lata" para soluciones que no eran fácilmente obtenibles de la ley común o en casos directamente no regulados en ese nivel normativo.

3. En tercer lugar, la observación del sistema penal desde un nivel normativo superior -constitucional- facilita el aseguramiento de alguna coherencia interna del ordenamiento jurídico.

Por ello es que aquí se ha incorporado el estudio de aquellas garantías constitucionales que en mayor medida influyen en el sistema del hecho punible; rompiendo así una tradición que reservaba el tratamiento de este tipo de cuestiones para las obras que se ocupaban de toda la parte general del derecho penal.

4. EL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE EN EL SISTEMA PENAL.

Como ya lo hemos afirmado, es necesario comprender que la teoría del delito se encuentra en el marco del total sistema penal del Estado. Se trata de una de las manifestaciones de la política criminal. La política criminal del Estado se formula a través de dos manifestaciones claras: por un lado, el derecho penal sustantivo y, por otro, el derecho procesal penal o sistema de enjuiciamiento. La teoría del delito es la

parte del derecho penal sustantivo que tiene por objetivo la aplicación racional de las normas jurídico penales -generales y tipos penales de la parte especial-.

Se entiende aquí por política criminal el conjunto de decisiones de los operadores del poder penal del Estado (jueces, legisladores, etc) que influyen y condicionan el sistema penal. Estas decisiones que configuran la política criminal se manifiestan, en ocasiones a través de normas constitucionales -por ejemplo, el principio de legalidad- y, a veces, por medio de principios axiológicos o puntos de partida de las cadenas argumentales que se encuentran por fuera del ordenamiento jurídico -por ejemplo, el principio de mínima intervención-.

Es por ello que esos principios de política criminal influyen de modo decisivo en la teoría del delito a través de varios niveles:

A. al momento de la estructuración del sistema.

B. al momento de dar contenido a las categorías del sistema.

C. al momento de decidir casos dudosos y que reciben de parte del sistema más de una respuesta.

Esta relación entre la política criminal y la teoría del delito permite abandonar la idea de que el sistema del hecho punible puede ser utilizado sin tomar partido por un conjunto de presupuestos axiológicos básicos.

5. ¿QUÉ ES UN CASO?

Como afirma Bacigalupo "un caso, para un jurista, es un conflicto social...como conflicto social el caso representa un enfrentamiento de intereses que el jurista debe dirimir mediante la aplicación de normas positivas, es decir, del orden jurídico estatal.

La solución del caso no es la que parezca mejor al que juzga, sino la que disponen las normas legales…La resolución de casos mediante normas adquiere una especial trascendencia en el derecho penal, en el que el principio de legalidad impone una estricta observación de la ley estricta".[351]

Es necesario que se tenga en cuenta que el caso no le viene presentado al intérprete en una formulación "pura", sino como un conglomerado de datos de un sector de la realidad que requiere un trabajo de separación de lo importante y lo no importante para que pueda ser transformado en el supuesto de hecho que se requiere para trabajar en su solución.

351 BACIGALUPO, ENRIQUE, Técnica de resolución de casos penales, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 23.

La lectura correcta del caso es la primer tarea que tiene el interprete y, de hecho, cualquier falta de precisión en esta etapa llevará a soluciones incorrectas en el proceso de subsunción.

6. LOS DIFERENTES ÁMBITOS DE LA SUBSUNCIÓN

Es preciso tener en cuenta que el interprete debe volver a la lectura del caso en cada nivel sistemático, ya que en cada uno de esos niveles la selección de los datos fácticos relevantes y a tener en cuenta para las diferentes y parciales respuestas normativas variará. Claro que no sólo varía la selección de esos datos del caso desde el punto de vista fáctico, sino que varían las normas jurídico-penales (o, a veces, extrapenales), a tener en cuenta en cada nivel.

Es por ello que, en el nivel de la tipicidad, la aplicación de la norma imperativa (de mandato o de prohibición) requiere que el intérprete se detenga en un conjunto de datos esenciales del caso y deseche otro tipo de información fáctica.

En el nivel de la justificación o antijuricidad, seguramente, el intérprete requerirá, para la eventual aplicación de la norma permisiva, una nueva lectura del caso en el marco de la cual tomará en cuenta algunos datos que en la etapa anterior fueron desechados, lo mismo sucede en los niveles posteriores.

Es por ello que es correcto afirmar que hay tantos procesos de subsunción como niveles analíticos tiene la teoría del delito.

7. EL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE COMO UN CAMINO ARGUMENTAL PREFIJADO E INMODIFICABLE

Es preciso que se advierta que el sistema de la teoría del delito ofrece un camino metodológico que posee una base de legitimidad, justamente, en su utilización permanente y frente a la totalidad de los casos. No sería correcto que se elija éste u otro sistema del hecho punible frente a cada caso individual.

7.1 EL SISTEMA COMO UN MÉTODO NO MALEABLE

Es por ello que la teoría del delito presenta otra característica que pone de manifiesto su importancia práctica y teórica: su permanencia frente a la totalidad de los casos y a la totalidad de las estructuras típicas de la parte especial. El sistema debe ser visto como un modo permanente de enfrentamiento a los casos que es preciso resolver que no depende de las características propias de cada forma de ilicitud. De este modo el intérprete no tiene necesidad de montar un aparato hermenéutico cada vez que se presenta un caso nuevo.

Estos diferentes niveles o filtros se han mantenido más o menos inalterados a lo largo de casi toda la historia de la dogmática penal moderna. En primer lugar, el supuesto de hecho tiene que superar la exigencia de ser una acción con sentido final, no se sancionan estados ni situaciones, sino movimientos corporales dominados y dirigidos a un fin; en segundo lugar, esa acción tiene que corresponderse con aquella -imaginaria y con un nivel mucho mayo de abstracción- que ha tenido en mente el legislador y que ha sido descrita a través de la ley penal de prohibición o mandato -tipicidad-; en tercer lugar, esa acción típica no tiene que estar alcanzada por alguna de las normas excepcionales de permiso que regula el legislador -causas de justificación-; en cuarto lugar, esa acción típica y antijurídica tiene que poder ser atribuida en forma individual al autor -culpabilidad- y, por último, la acción antijurídica y culpable debe superar cualquier condición político-criminal que el legislador haya impuesto para su efectiva punición -excusas absolutorias o condiciones objetivas de punibilidad-.

Las categorías mencionadas (acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad) representan características de la acción punible que a su vez están contenidas en las categorías posteriores, de modo tal que la consolidación de un nivel analítico supone el anterior. Esta situación podría reflejarse a la manera de círculos concéntricos, tantos como categorías tenga el sistema del hecho punible, en donde el círculo más externo refleja la categoría más básica, la condición mínima del hecho punible y la característica estadísticamente más común: la acción. Sólo aquella conducta que haya llegado al punto central de este sistema de círculos concéntricos puede reclamar legítimamente punibilidad.

Cada categoría supone un sistema de análisis propio y elementos de comprobación autónomos, de tal suerte que la acción que fracase en la superación de alguno de los niveles establecidos por la teoría de delito no será punible y, tampoco, podrá continuarse con el análisis. Por ejemplo, si la acción se encuentra alcanzada, objetiva y subjetivamente, por una causa de justificación, no será antijurídica por lo tanto, no será punible, no tendría ningún sentido continuar con el análisis de la culpabilidad y, mucho menos, con el de la punibilidad.

A este análisis se suma el estudio de los requisitos sistemáticos para que una acción que no ha llevado la ejecución del delito hasta su consumación sea de todos modos punibles -tentativa-, el análisis de otras formas de participación punible en el delito que no sean ya la propia autoría -autoría y participación-, el desarrollo de las reglas que determinan la relación existente entre las normas jurídico penales -concurso de delitos-, y la determinación de los criterios que servirán para justificar la pena precisa correspondiente dentro del margen que estipula para cada delito el derecho vigente -determinación judicial de la pena.

7.2 LA ELECCIÓN ENTRE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE TEORÍA DEL DELITO COMO PASO PREVIO

Como se ha desarrollado a lo largo de este texto, la ciencia del derecho penal en los últimos 100 años ha evolucionado desde el modelo clásico, pasando por el sistema neoclásico, el finalismo y los modelos más actuales que manifiestan cierta conexión con planteos funcionalistas. Incluso, dentro de cada una de estas etapas históricas, vemos que existen diversas posibilidades de enfrentamiento con problemas como, por ejemplo, los efectos sistemáticos de determinados errores (teoría de la culpabilidad limitada y estricta).

Es por ello que, para asegurar la solidez global de la actividad interpretativa, quien se dispone a resolver un caso debe primero hacerse cargo, aunque no sea más que tácitamente, de abrazar alguno de los sistemas expuestos del hecho punible y, en la medida de lo posible, mantener la coherencia de esa decisión (es decir que las soluciones que se proponen para cada caso no sean contradictorias con esa elección).

Ello habla de un pensamiento sistemático y asegura cierta racionalidad argumental.

8 EL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE Y EL TRATAMIENTO ORGANIZADO DEL SUPUESTO DE HECHO Y DEL SUPUESTO NORMATIVO

Como afirma Bacigalupo, una de las consecuencias más importantes de la teoría del delito reside en que "proporciona un orden para el tratamiento de los problemas que presenta la aplicación de la ley a un caso" [352].

Este orden es el que asegura, en primer lugar que, frente a un caso dado, se considere la totalidad de los datos fácticos relevantes y, en segundo lugar, que se produzca un relevamiento no caótico ni caprichoso de la legislación vigente que regula el caso. De ese modo es que se procura asegurar que la respuesta punitiva se produzca sólo a partir de una derivación lógica y asegurada en su racionalidad sistemática.

8.1 LOS PUNTOS DE PARTIDA DE LA ORGANIZACIÓN SISTEMÁTICA

A esta organización hay que imaginarla como un conjunto de círculos concéntricos en el marco de los cuales el concepto de acción representa el círculo de mayor diámetro y el de punibilidad el de menor diámetro. De tal modo que del universo global de acciones, sólo algunas son seleccionadas por poseer la característica de ser típicas, y del grupo de acciones típicas, sólo algunas poseen la característica de ser antijurídicas, etc, etc.

351 BACIGALUPO, E., Técnica de resolución de casos penales, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, cit, p.33.

Se trata de un camino, como hemos visto, permanente que en ningún caso debe ser obviado, ni ninguna etapa puede ser salteada.

Cada una de las etapas demuestra y expone la confirmación de una calidad esencial para que esa acción sea punible.

8.2 LA SUBSUNCIÓN

La subsunción, como hemos visto y analizado, es el proceso por el cual el intérprete encuentra y confirma una identidad sustancial entre el caso genérico regulado en la norma y el caso puntual que se nos presenta en el mundo fáctico.

Este trabajo implica una tarea de descomposición de las instancias necesarias (descriptivas y normativas) a las cuales el legislador ha acudido para definir la conducta prohibida o mandada. Sólo esta descomposición permite el logro de la precisión necesaria para asegurar la identidad que viene exigida ya en el principio de legalidad (nullum crimen nulla poena sine lege praevia).

Es indispensable que este trabajo hermenéutico sea extremadamente puntilloso ya que, en lo que respecta a la aplicación el derecho penal sustantivo no es posible acudir al espacio de juego interpretativo que brinda el proceso analógico (in malam parte).

9 EL CAMINO PERMANENTE ENTRE EL MUNDO DE LOS HECHOS Y EL MUNDO NORMATIVO

En todo este proceso de trabajo con el sistema del hecho punible, entonces, debe quedar claro que es necesario un "viaje" permanente del intérprete entre el "mundo de los hechos" y el "mundo de las normas", ya que en la selección de los elementos fácticos esenciales es indudable que el intérprete se guía orientado por la norma que "prima facie" correspondería aplicar y lo mismo sucede en la selección de las normas aplicables: la búsqueda viene orientada por el caso que se tiene enfrente de los ojos. Ni el trabajo con los hechos, ni el trabajo con las normas es realmente independiente uno del otro. La verdadera conducción en este traslado permanente del intérprete entre los hechos y las normas, la poseen las reglas de interpretación.

10 SUGERENCIAS METODOLÓGICAS ADICIONALES PARA EL TRATAMIENTO DE LOS CASOS PENALES

10.1 EL CASO

En este punto intentaremos desarrollar un conjunto de sugerencias metodológicas destinadas a facilitar el tratamiento de los casos.

Los hechos: es muy importante que, previo a todo funcionamiento del sistema de la teoría del delito, se tenga absoluta claridad y precisión a la hora de determinar el hecho que se juzga. Obviamente, la cuestión es más sencilla en los llamados casos de laboratorio que en los casos expediente. En estos últimos el hecho del caso aparece sumamente mezclado con datos de la evolución del proceso penal, de la historia de los protagonistas (autor y víctima), del entorno social de ambos, etc. Sin embargo, siempre es necesario realizar el trabajo consistente en abstraer la esencia fáctica y normativa del caso de punibilidad. Claro que esta selección de los hechos relevantes no es posible hacerla sin tener en cuenta, como hemos visto, la norma aplicable en cada nivel. Si ha habido una actitud ardidosa que ha podido provocar el engaño en el sujeto pasivo, ello sólo es relevante si la norma aplicable al caso es la que sanciona la defraudación o la estafa, no en el supuesto de otros tipos penales que regulan acciones contra el patrimonio (hurto).

Este trabajo de selección de los hechos no se realiza en una única oportunidad, sino, como también hemos señalado, es preciso tener en cuenta que esta selección de los hechos relevantes se debe ejecutar en casi todos los niveles del sistema de la teoría del delito. Es por ello que no hay duda que puede suceder que algunos datos fácticos del caso no aparezcan como relevantes en un determinado nivel de la teoría, pero sí lo sean en un nivel posterior del sistema. En verdad hay tantas definiciones del supuesto de hecho como niveles se exponen del sistema de la teoría del delito. De este modo no es incorrecto pensar que existe un supuesto de hecho típico, un supuesto de hechos de las causas de justificación, un supuesto de hecho de la culpabilidad y un supuesto de hecho de la determinación judicial de la pena. Si la imprudencia de la víctima no ha tenido la suficiente gravedad como para excluir la imputación al autor en el nivel de la tipicidad objetiva, ello no obsta para que este dato vuelva a ser relevante en el momento de la justificación de la pena elegida entre el mínimo y el máximo establecido. La agresión anterior de la víctima al autor, no es relevante para evaluar la tipicidad de la conducta del autor, pero seguramente forma parte del supuesto de hecho de la justificación en el marco del permiso del que se defiende.

10.2 LAS NORMAS

Aunque parezca obvio, es preciso subrayar que ninguna norma trascendente para la solución del caso puede dejar de ser citada expresamente en la solución ofrecida. Ello es así tanto para las normas imperativas, como para las normas permisivas, o excusas absolutorias, o cualquier otro tipo de eximente.

Es de buena técnica aclarar, de modo previo al proceso de subsunción, el alcance de la norma que se pretende aplicar. Ello facilita la posterior conexión entre el ámbito de la norma y la descripción fáctica.

La aplicación de las normas, claro, puede presentar problemas propios de la relación jurídica de las disposiciones. Algo que es estudiado, como vimos, en el capítulo correspondiente a la teoría del concurso de delito. Esta relación, lógica (necesaria) o meramente fáctica (coyuntural) debe ser expresada en la solución del caso, ya que de este modo se despejan las dudas sobres los respectivos ámbitos de aplicación (concurso aparente de leyes, concurso ideal o concurso real). Hay que tener en cuenta que no siempre se trata de una consecuencia meramente punitiva, sino también de definición del ámbito de lo prohibido o mandado, en el marco de la cual es posible que algunas normas queden irremediablemente desplazadas (concurso aparente).

10.3 EL ORDEN TEMPORAL DEL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO. ¿QUÉ HAY QUE HACER EN CADA ETAPA?

El sistema de la teoría del delito propone un camino organizado metodológicamente a través de un conjunto de pasos que deben se ejecutados en el orden propuesto, para garantizar de este modo el funcionamiento adecuado del proceso de selección. Es adecuado imaginarse a la teoría del delito como un sistema de filtros, de una malla de tamaño descendiente, por los cuales debe atravesar el caso de punibilidad. Sólo el caso que supere exitosamente la totalidad de los filtros definidos en cada nivel sistemático, puede constituirse en un caso que merezca legítimamente la aplicación de la pena estatal.

Cualquier imposible de superar en cualquier nivel del sistema, implica, sin dudas, que el caso sale de la teoría sin punibilidad. Conviene ahora que recordemos, en un repaso sencillo y simple de las actividades que hay, qué es debido realizar en cada nivel sistemático.

1. Acción: En este nivel, de poca importancia teórica pero de gran trascendencia político-criminal, sobre todo en los delitos de comisión, se busca excluir a aquellos supuestos en los que ni siquiera es posible identificar un movimiento corporal conducido por la finalidad (para la teoría final de la acción). Se trata de un sistema de comprobación negativo, ya que se culmina por confirmar la presencia del elemento acción, siempre y cuando no se verifiquen algunos extremos en los cuales es seguro que el autor no ha tenido la posibilidad de dominar finalmente su actividad. Ello sucede en tres casos: fuerza física irresistible (por ejemplo, el sujeto recibe un empujón de un tercero mientras espera el autobús), acto reflejo (los movimientos reflejos que no pasan por el sistema nervioso central, sino que se encuentran vinculados al tono muscular) y estado de absoluta inconsciencia (casos de sonambulismo). En esos supuestos, no hay acción final, y el caso no es necesario ni siquiera que se analice en el nivel de la tipicidad: ya se clausura la punibilidad en este primer nivel.

2. Tipicidad: Luego de comprobado que en el caso hay una acción, pasamos al siguiente nivel. La tipicidad es la adecuación o subsunción de una conducta en el marco de lo descrito en una ley. La comprobación de la tipicidad, indica, como luego veremos en detalle, que existe una correspondencia exacta entre lo que el agente ha realizado y aquello que se encuentra descrito en la ley. Es por ello que se insiste desde hace bastante tiempo en la influencia que ejerce sobre esta categoría la garantía del principio de legalidad y sus consecuencias. La categoría de la tipicidad es manifestación de las normas imperativas que definen deberes de actuar o de omitir. También se afirma que en esta categoría se confirma la fundamentación del ilícito.

La tipicidad, entonces, es la característica de la conducta de adecuarse en forma perfecta a la descripción de la conducta prohibida. En este nivel se trata de establecer una relación entre el supuesto de hecho (típico) y la norma (imperativa) que define el deber esencial cuya infracción consiste en el corazón del delito comisivo u omisivo. Como hemos visto a lo largo de todo el texto, esta característica de la conducta de ser típica se descompone en dos niveles. En la tipicidad objetiva, el intérprete debe acudir al supuesto de hecho que se analiza y comprobar que hay una coincidencia perfecta entre el hecho y lo descrito en la norma. No hay que olvidarse que este proceso de análisis de correspondencia viene garantizado por el principio de legalidad.

Por supuesto que este proceso de comprobación variará de un tipo penal al otro (no todas las estructuras típicas son idénticas). En este nivel se sugiere, como herramienta de fuerte contenido práctico, que se descomponga la figura típica separando todos los vocablos que hagan referencia a un elemento normativo o descriptivo (por ejemplo, el tipo penal del hurto contiene, básicamente, estos vocablos o similares relevantes: apoderarse, cosa, mueble, ajena, sin consentimiento). Una vez establecido el listado de los elementos que el legislador ha elegido para definir la conducta prohibida o mandada, se deben establecer relaciones con los datos del caso real que se poseen en la descripción y, de este modo, comprobar que cada una de esas exigencias descriptivas se verifican en el caso que se pretende subsumir. Ello asegura que el proceso hermenéutico acuda a un modelo de precisión interpretativa y se eviten las reacciones intuitivas. La cuestión, por supuesto, posee su complejidad, no tanto en los llamados elementos descriptivos (cuya presencia se evalúa a través de los sentidos –cosa-), sino, sobre todo, en los elementos normativos (cuya presencia no es perceptible sensorialmente, sino a través de un proceso intelectual de valoración (documento). En ocasiones saber si en el caso se verifica la presencia de un documento, de una afectación al honor, etc, no es sencillo.

En gran cantidad de ocasiones, sobre todo en los llamados delitos de lesión (en los cuales es preciso establecer una relación entre el comportamiento y un resultado lesivo determinado), a la verificación de estos elemementos normativos y descripti-

vos, hay que sumar el análisis de una relación de imputación entre el comportamiento y el resultado. Piénsese, por ejemplo, en el delito de homicido: en este caso es preciso definir en primer lugar si el sujeto activo ha realizado una acción que implica la creación de un riesgo no permitido (por ejemplo, el de disparar), y luego que el sujeto pasivo ha muerto en razón de la propia acción del autor (y no por un profeso lesivo que le es ajeno al autor).

3. Antijuricidad: La categoría de la antijuricidad (o justificación) se ocupa de comprobar la posible vigencia en el caso de una norma permisiva que, de existir, despliega un autorización para que el sujeto realice una conducta típica en determinadas circunstancias. La antijuricidad como categoría, o la justificación como eximente, surgen no sólo del universo normativo propio del derecho penal, sino que pueden provenir de otras ramas del ordenamiento jurídico. Por ello es que se habla de la preocupación de este nivel sistemático por la coherencia del ordenamiento jurídico.

4. Culpabilidad: El hecho antijurídico y atribuible, debe ser culpable para ser punible. A diferencia de lo que sucede en categorías anteriores del sistema en las cuales se predica en general sobre el hecho, la culpabilidad se concentra en un enjuiciamiento un poco más individual, se trata de un reproche personal. Para una definición un tanto clásica el sujeto es culpable cuando el hecho ilícito puede ser imputado a la cuenta del autor, y ello sucederá en los casos que puede ser confirmado que el agente tenía la libertad de dejarse motivar por la norma estatal y, en cambio, usando de esa libertad, el sujeto decide motivarse en contra de la norma.

5. Punibilidad: En ocasiones, el Estado se reserva la última decisión sobre la utilidad de la pena, cuando a pesar de que el hecho es claramente antijurídico y culpable, la sanción estatal implicaría una decisión contraproducente e injustificada. Por otro lado, en esta categoría se expone el juego sistemático de reglas que permiten determinar una pena dentro del mínimo y máximo que se define para cada delito

11 LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL CASO

La solución del caso siempre debe hacerse cargo de la determinación judicial de la pena. Como es conocido, la mayor parte de las penas amenazadas en el Código Penal son relativas, ello implica que el legislador define un mínimo y un máximo en abstracto y es el juez quien debe determinar la pena exacta aplicable al caso que se trate. Sin embargo, normalmente, no se advierte en la jurisprudencia un esfuerzo por fundamentar la elección de la pena puntual frente al caso concreto.

El problema de la determinación judicial de la pena ha llamado la atención por el poco desarrollo que se encuentra en la doctrina.

En primer lugar, debe quedar claro que el criterio fundamental de determinación de la pena es el grado de culpabilidad; por el propio imperio de la garantía, la pena nunca puede sobrepasar el grado de culpabilidad.

En principio, no es posible considerar situaciones para la determinación de la pena, que han sido el fundamento mismo de la adecuación típica. Ese tipo de doble valoración no está permitido en el proceso de adjudicación de una pena precisa.

En esta instancia el juez debe valorar, por ejemplos: el grado de imprudencia en la protección de sus propios bienes jurídicos que pueda atribuirse a la víctima y la relación previa entre los protagonistas del hecho (que puede sustentar una mayor sorpresa y vulnerabilidad en el sujeto pasivo).

En lo que respecta a la extensión del año, no se trata de una renovada referencia al resultado referido en la tipicidad, sino de una consideración de la gravedad de la lesión del bien jurídico.

No es posible dejar de considerar en esta instancia el sufrimiento que ha tenido el sujeto a lo largo del desarrollo del sistema de enjuiciamiento y la actitud posterior al hecho (arrepentimiento, reparación del daño, etc.).

Se trata de construir el supuesto de hecho de la determinación de la pena evaluando instancias que son de referencia inevitables a la hora de encontrar la pena justa.

La instancia de determinación judicial de la pena ha encontrado siempre serias dificultades cercanas a enigmas o antinomias indescifrables.

En primer lugar, la estrecha vinculación que los teóricos han remarcado con las tesis de justificación de la pena (prevención especial, prevención general [positiva o negativa] y teorías absolutas), han conducido a un camino sin salida, reflejado por lo que se ha llamado "la antinomia de los fines de la pena".

En segundo lugar, la propia sistematización del proceso de determinación judicial de la pena en los diferentes modelos legislativos, ha optado por un adecuado equilibrio entre dos objetivos valiosos, pero antagónicos: la búsqueda de la mayor precisión y justicia del caso puntual y la búsqueda paralela de la previsibilidad de la pena estatal. Esta contradicción produce serias lesiones en la administración de la pena.

En tercer lugar, una nítida deficiencia remite ahora al sistema de enjuiciamiento. En general en los modelos procesales más o menos tradicionales no hay un verdadero lugar para un planteo no condicionado de la discusión sobre la pena justa. Algo que más o menos modernamente se logra a través del instituto de la

cesura del juicio, que luego del interlocutorio de culpabilidad asegura un lugar para un análisis que, por lo menos desde el lugar del imputado y su defensa técnica, no se encuentra viciado por la búsqueda sin miramientos de la absolución.

La misma idea de la prohibición del doble juzgamiento tiene virtualidad en el ámbito de la determinación de la pena, al inhabilitar que extremos ya considerados al momento de la subsunción típica vuelvan a ser traídos al análisis para justificar, dentro del marco, cierta magnitud de reacción estatal. Esta prohibición, por supuesto, no se lleva nada bien con la idea de la reincidencia como elemento condicionante de la pena o de su ejecución.

Un criterio rector de indudable protagonismo en la determinación judicial de la pena es, sin duda, el que rige la idea de proporcionalidad entre la magnitud de la ilicitud (definitivamente graduable) y la cantidad de pena. La referencia se encuentra aludida en el art. 41 al indicar la necesidad de mensurar la magnitud del daño.

Por el contrario, la idea, mencionada sistemáticamente a la hora de referirse a la explicación moral del castigo estatal, de resocialización no posee tanta claridad y significa la introducción de un criterio legitimante como el de la prevención especial, de sustento empírico inexistente, en el ámbito del sistema del hecho punible.

Si algo bueno ha existido detrás de esta idea, no se ha manifestado en la dogmática jurídico-penal, sino en todo caso, en el sistema penitenciario al haber favorecido ciertos niveles de disminución del castigo en el ámbito de la ejecución. Ni siquiera podemos afirmar con claridad que la ideología del tratamiento, acentuada a través de la recepción de esta idea de rehabilitación, debió haber sido recibida con honores en el ámbito penitenciario.

Como hemos afirmado con anterioridad, ello no deslegitima la importancia de este tipo de puntos de partida preventivos al momento de limitar hacia abajo la pena indicada por el índice de culpabilidad.

La idea de humanidad de la pena, a veces superpuesta político-criminalmente al principio resocializador, tiene capacidad intacta para incluir elementos adicionales de limitación. Un ejemplo claro reside en lo que se ha denominado casos de pena natural. Es decir, supuestos en los cuales el autor, por ejemplo imprudente, ha tenido graves consecuencias por el mismo hecho ilícito.

La elección de una pena puntual dentro de la escala punitiva que sugiere la instalación de un mínimo y un máximo debe ser sostenida con un trabajo hermenéutico que posea la misma seriedad que aquel que se encuentra detrás de la decisión de culpabilidad. La construcción del supuesto de hecho de la determinación judicial de la pena y la estipulación de los criterios normativos que definen el modo de evaluar sistemáticamente esos datos, son dos extremos del viaje de ida y vuelta que debe realizar el intérprete para sostener su decisión.

El espacio que generan ese mínimo y ese máximo no puede ser transitado con discrecionalidad.

Todos estos criterios deben encontrarse manifiestos en la resolución del caso a efectos de facilitar la exposición de la decisión como racional y de permitir, ya en el propio sistema de enjuiciamiento, la controlabilidad de esa decisión.

12 EL DICTAMEN

La resolución de un caso viene estructurada y presentada en el marco de un dictamen que expresa tanto la presentación del supuesto de hecho, como el escenario normativo y, finalmente la conclusión.

Este dictamen debe utilizar un lenguaje preciso, correcto y entendible. Existe una tendencia a que la poca profundidad de las decisiones judiciales y, a veces, su incorrección jurídica, se escondan detrás de un lenguaje sólo parcialmente entendible para iniciados en ese "lenguaje forense". Ya bastante complejas son las cuestiones jurídicas a resolver como para que, sumado a ello, se utilice un lenguaje incomprensible.

El lenguaje no sólo debe ser claro, sino que es necesario que se respeten reglas fundamentales del estilo que utilizan los juristas.

El dictamen debe ser una expresión clara de los problemas que plantea el caso en el proceso de subsunción. Obviamente no es necesario un desarrollo detenido en etapas del sistema del hecho punible que no ofrecen dificultades especiales en el caso en análisis.

Como ya hemos dicho, el orden sistemático que plantea la teoría del delito es también el orden que debe seguir el dictamen en el desarrollo de los problemas que plantea el caso.

Cuando el dictamen, en el marco del desarrollo argumentativo, debe citar algún autor, esta cita debe ser completa (Nombre completo del autor, obra, año y lugar de la ediciòn, y página en la cual se encuentra aquello que se refiere).

El dictamen, en los casos en los cuales el caso se refiera a más de un autor y/o partícipe, debe comenzar por separar el análisis de cada uno de los participantes en el hecho. Es conveniente que se comience por aquel autor a quien se atribuye la responsabilidad principal.

ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Siempre que pretendamos abordar el estudio de cualquier rama resulta imperativo la elección de un método que resulte adecuado y conveniente al abordaje que pretendemos. Como el derecho penal es una rama de las ciencias jurídicas, su estudio debe ser abordado mediante un método jurídico, que consiste en el análisis, interpretación y comprensión de los textos de ley.

Pero para la comprensión adecuada de la norma penal no basta el mero análisis gramatical y positivista de la norma, sino que es menester un ponderado análisis que permita conclusiones racionales.

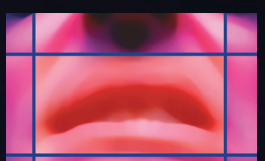
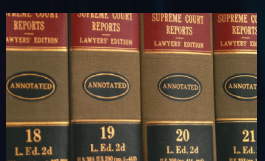
A estos fines el denominado método dogmático propuesto por von Jhering para el derecho privado y que luego pasó a ser utilizado en las demás ramas jurídicas resulta el más conveniente y adecuado. Este método consiste en la descomposición del texto de ley en elementos simples o dogmas con los que se procederá a la elaboración de una teoría de interpretación que responder a reglas fundamentales:

En primer lugar debe ser completamente lógica y no contradictoria. El análisis no puede, por ejemplo, establecer que un mismo elemento constituye a la par una atenuante y como agravante.

En segundo lugar el análisis debe estar sometido a la Constitución. En consecuencia, no puede ser anteponer la ley penal a la norma sustantiva sino que ella debe estar subordinada a aquella. Si existiera alguna contradicción entre la ley y la norma sustantiva debe prevalecer el bloque de constitucionalidad.

En tercer término el análisis debe ser jurídicamente armónico lo cual implica que debe ser "simétrica, no artificiosa ni amanerada, y mostrar cierta grâce du natural" . La teoría resulta más sólidamente elaborada cuando ella "es transparente, cuando el razonamiento es más natural, cuando parece un edificio sólido y armónico, y no cuando ofrece el aspecto de una casa a la que se accede por el sótano y tiene corredores ciegos, escaleras cortadas y ventanas que no dan a ninguna parte" .

Ahora bien la selección del método dogmático como mecanismo de acceso al conocimiento jurídico penal requiere una decisión previa y consiente. Cuando se opta por una meta -en nuestro caso la correcta comprensión de la ciencia penal-, no sólo es conveniente la selección de la meta, sino que debemos optar por cual camino es más conveniente su alcance. El método dogmático es un método abierto que permite el examen de la ciencia jurídica desde diversos ángulos para que cada quien se acomode con la corriente del pensamiento que entiende más conveniente y compatible a su ideología. El método dogmático es teleológico y como tal trata de encontrar el porqué de cada cuestión.

La dogmática procura una aplicación objetiva del derecho sin desmedrar la exclusión absoluta de los puntos de vista del intérprete. Por ello constituye un mecanismo más idóneo del estudio de la ciencia penal que el tradicional método de la lectura de la ley por su sentido literal al cual estamos acostumbrados.

Escuela Nacional
de la Judicatura
República Dominicana